



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Tesis Doctoral en Régimen de Cotutela

DERECHO Y VIOLENCIA UN ANÁLISIS IUSLITERARIO

Doctoranda:

Maria Pina Fersini

Directores:

Dr. José Calvo González

Dr. jur. Domenico Siciliano

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA




Año 2017



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: María Pina Fersini

 <http://orcid.org/0000-0001-6974-0742>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer
obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de
Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

Titolo:

**DIRITTO E VIOLENZA
UN'ANALISI GIUSLETTERARIA**

Indice

Introduzione

Capitolo I

DIRITTO E VIOLENZA: LA SCOMMESSA DELLA DIFFERENZA

1. Il diritto moderno osservato nella sua interazione con la violenza
2. Cos'è un “vero” paradosso
3. Del paradosso irriducibile che struttura la relazione moderna tra il diritto e la violenza
4. Per una genealogia del discorso moderno su diritto e violenza
 - 4.1 Premessa
 - 4.2 Kafka, Melville e il discorso letterario
 - 4.3. Benjamin e il discorso della critica
 - 4.4. Hart e il discorso della legittimazione
 - 4.5 Derrida e il discorso della differenza

Capitolo II

DER PROZESS E LA METAFORA DELLA VIOLENZA CHE PONE IL DIRITTO

1. La questione dell'origine del diritto moderno nella letteratura kafkiana
 - 1.1 La letteratura come indiscrezione
 - 1.2 L'eterno sviamento del significato
 - 1.3 La costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario
 - 1.4 La ricerca del vero e l'accesso ad un mondo informe, privo di distinzioni
 - 1.5 La lettura derridiana di *Vor dem Gesetz* e la storia dell'origine della legge
 - 1.6 I limiti della lettura derridiana. La parabola dispiegata in *Der Prozeß* e la storia dell'origine del diritto moderno
2. La voracità della “stirpe degli arconti”
 - 2.1 Il ruolo dei funzionari nel romanzo e la presunta profezia dei regimi totalitari

- 2.2 *Der Prozeß* e la sua profonda intuizione intorno alla genesi del diritto moderno: il carattere immaginario della stessa
- 2.3 Il potere esplicativo delle immagini
- 2.4 Della vista interna
- 2.5 La dialettica circolare che investe K. e i funzionari di *Der Prozeß*
- 2.6 La rottura della dialettica circolare per mezzo della violenza e il processo di fondazione del diritto moderno
- 2.7 La tecnica del rovesciamento e il viaggio, in senso inverso, nella storia del diritto moderno, alla ricerca della verità originaria
- 3. Geometrie curve
 - 3.1 Il simbolismo del corpo legato al rituale giudiziario
 - 3.2 Il rovesciamento del simbolismo del corpo in *Der Prozeß* e l'incurvamento della silhouette dell'accusato
 - 3.3 La geometria curvilinea e la rappresentazione del rapporto dell'uomo con il diritto moderno, al momento della fondazione
 - 3.4 La tensione creata dalla linea curva e la sua insuperabilità
- 4. Seduti davanti alla Legge, a contemplare la violenza dell'origine
 - 4.1 Della contemplazione che precede il pensiero
 - 4.2 Il volto ibrido della Legge
 - 4.3 *Der Prozeß*: una memoria dell'origine violenta del diritto moderno

Capitolo III

BARTLEBY E LA METAFORA DELLA VIOLENZA CHE CONSERVA IL DIRITTO

- 1. Convergenze tra *Der Prozeß* e *Bartleby*
 - 1.1 La storia di uno scrivano e della sua “preferenza di non” essere governato dalla legge dell'altro
 - 1.2 L'invito a leggere *Bartleby* attraverso gli archetipi kafkiani
 - 1.3 I contributi di Borges, Camus, Deleuze, Agamben e Vismann verso la costruzione di un dialogo tra l'opera di Melville e quella di Kafka
 - 1.3.1 La riflessione di Borges
 - 1.3.2 La riflessione di Camus
 - 1.3.3 La riflessione di Deleuze
 - 1.3.4 La riflessione di Agamben
 - 1.3.5 La riflessione di Vismann
 - 1.4 I limiti di tali riflessioni e la costruzione di una memoria dei paradossi del diritto moderno come impresa comune a Melville e Kafka
- 2. Melville o delle ambiguità
 - 2.1 La ricerca del vero e l'accesso ad un mondo ambiguo
 - 2.2 Il “sentimento del tutto” e la costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario che anticipa quello kafkiano
- 3. La metafora del muro in *Bartleby* e il paradosso della conservazione del diritto moderno
 - 3.1 Premessa
 - 3.2 L'originalità del caso giudiziario di *Bartleby*

- 3.3 Il *nomos* giuridico e la sua posizione privilegiata nella teoria del diritto coveriana
- 3.4 Il muro cieco e l'impreferibilità davanti alla legge

Capitolo IV

DAL PARADOSSO ALLA DIFFERENZA

- 1.** Perché una 'genealogia' e non una storia della relazione moderna tra il diritto e la violenza
 - 1.1 Premessa
 - 1.2 La genealogia: un metodo storico "severo"
 - 1.3 La genealogia applicata al tema dell'origine del diritto moderno
- 2.** Dalla memoria del paradosso alla memoria della differenza
 - 2.1 Premessa
 - 2.2 Memoria: una scrittura per frammenti
 - 2.3 Il discorso sull'emersione. La letteratura e la fabbrica dell'ordine giuridico moderno
 - 2.4 Verso il diritto differenziato
- 3.** Comunicazione, memoria, narrazione o del come vincere la scommessa della differenza

Conclusioni

Riassunto in spagnolo

Bibliografia



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

“Besser Ordnung mit Fiction, als Unordnung ohne Fiction!”
Rudolf von Jhering (1865)*

*Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1865, Teil 3, Bd. 1 (Die künstlichen Mittel. §. 58), p. 288.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Confesso la mia profonda gratitudine

A mia madre e a mio padre,

per essere stati un porto sicuro, dove
attraccare di tanto in tanto, quando le
onde della vita accademica mettevano a
rischio la navigazione

Al Prof. José Calvo González,

per essere stato il miglior comandante
della nave su cui mi sono imbarcata nel
novembre del 2012

Al Prof. Raffaele De Giorgi,

a cui devo il chiarimento di molti dubbi
sulle più annose questioni della filosofia
giuridica

Al Dr. Domenico Siciliano,

per aver discusso con me gli aspetti più
problematici di questa tesi, apportando
sempre critiche costruttive

All'Università degli Studi di Firenze,

per aver finanziato la mia ricerca con
una borsa di studio dottorale

All'Università di Málaga,

per aver stipulato una convenzione di co-
tutela di tesi dottorale con l'Università di
Firenze

Ad Anna Isaeva e Teresa Franza,

le compagne che hanno reso piacevole
questo viaggio



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

A Teresa



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Introduzione

Il contenuto della tesi è un tentativo di risposta a una vecchia questione filosofico-giuridica che, ancora oggi, risulta controversa e che attiene al *se* e al *come* sia possibile mantenere, in epoca moderna, la differenza tra il diritto e la violenza, non potendo disconoscere la stretta relazione che, proprio con l'avvento della modernità, si produce tra i due poli della distinzione.

Nel primo capitolo ho cercato di spiegare perché solo con riferimento al diritto moderno si pongano problemi di differenziazione rispetto alla violenza, la cui soluzione è così difficile da spingere la teoria del diritto a percepire il processo di differenziazione degli ordinamenti giuridici moderni come una scommessa, anziché come un passaggio naturale e, pertanto, obbligato dell'esperienza giuridica. Ho cercato cioè di dimostrare che, mentre in epoca pre-moderna la letteratura giuridica riesce a teorizzare, in modo non problematico, la differenza tra il diritto e la violenza, perché può contare su un diritto naturale certo ed immutabile, di matrice divina, che, in quanto sovraordinato al diritto positivo, fonda e legittima il ricorso all'uso della forza da parte di quest'ultimo, rendendo la violenza giuridica, almeno da un punto di vista teorico, indiscutibilmente differente rispetto a quella esercitata dal singolo, nella modernità, invece, la graduale laicizzazione del diritto, la sua conseguente separazione dalla morale e le sue pretese di auto-legittimazione, rendono difficile pensare la differenza tra la violenza giuridica e quella del singolo, dato che, scomparsa la vecchia fonte di legittimazione della prima – esterna al diritto stesso e, pertanto, imparziale –, si comincia a dubitare della bontà della violenza giuridica o, meglio, si fa fatica a percepirla come un mezzo di contrasto della violenza indiscriminata del singolo, apparendo più veritiero immaginarla come uno strumento arbitrario di potere, finalizzato alla fondazione e alla conservazione del dispositivo giuridico, anziché come un mezzo regolamentato di controllo della forza bruta.

Chiarendo quest'aspetto, ho voluto far vedere come, nella modernità, la teoria giuridica si trovi dinanzi ad un bivio: riconoscere il paradosso che fonda la relazione moderna tra il diritto e la violenza (il quale costringe a pensare il diritto come strumento per combattere la violenza illegittima e, contemporaneamente, come fruitore della stessa) e cercare strumenti teorici, alternativi al diritto naturale, per superarlo; oppure disconoscere il paradosso e risolvere la

contraddizione che esso genera a sfavore o a favore del diritto, producendo rispettivamente una critica distruttiva dello stesso o una sua legittimazione idealizzata.

Per rendere praticabile la prima strada – che è quella che a mio avviso concilia il dato storico con quello teorico, perché da un lato ammette la co-implicazione che in determinati momenti dell'esperienza giuridica (la fondazione e la conservazione) si produce tra il diritto e la violenza, e, dall'altro, cerca strumenti teorici per superarla, rendendo possibile la progressiva differenziazione del diritto dalla violenza – ho cercato di ricostruire la genealogia del discorso moderno su diritto e violenza, dato che senza di essa non è possibile né sapere quali sono le posizioni teoriche assunte, di volta in volta, nei confronti del paradosso né valutare le soluzioni offerte.

Così l'ultimo paragrafo del primo capitolo contiene un'analisi dei distinti ordini del discorso che, nella modernità, sono stati formulati intorno al tema del diritto e della violenza: il discorso letterario di Kafka e Melville; il discorso della critica di Benjamin; il discorso della legittimazione di Hart e il discorso della differenza di Derrida.

Il primo di essi, il discorso letterario, è quello che emerge dalla lettura congiunta di due classici della letteratura: *Il processo* di Kafka, il quale, mettendo in scena un giudizio condotto secondo regole segrete e destinato a concludersi con una condanna a morte (inflitta da una legge inconoscibile e sempre a venire), si presenta come metafora della violenza senza volto che fonda il diritto moderno; e *il Bartleby* di Melville che, raccontando la storia di uno scrivano con preferenza a non adempiere gli ordini impartiti dalla legge e punito per questa sua ostinazione a preferire di non essere governato dal dispositivo giuridico, offre una metafora della violenza attraverso cui si conserva il diritto moderno.

Nella genealogia che ho proposto, questo discorso riveste il ruolo del capostipite perché ha il merito di introdurre nell'immaginario sociale una prima visione del paradosso su cui si fonda il diritto moderno, con la quale si confronteranno, più tardi, il discorso della critica, quello della legittimazione e quello della differenza.

Il secondo ordine del discorso analizzato, quello della critica, emerge dalla riflessione benjaminiana. Esso assume una posizione radicale nei confronti del paradosso del diritto moderno. Incapace, infatti, di distinguere tra violenza

giuridica e violenza del singolo, teorizza la loro identità, traducendosi in una critica feroce degli ordinamenti giuridici moderni e nella proposta di un ritorno, impraticabile, al diritto divino ed alla sua buona violenza.

Il terzo ordine del discorso, quello della legittimazione, nasce dalla riflessione teorico-giuridica di Hart. Anch'esso contiene una presa di posizione radicale nei confronti del paradosso che fonda la relazione moderna tra il diritto e la violenza. Difatti, trattando il primo come un sistema di norme e non anche di comandi, marginalizza la componente coercitiva del dispositivo giuridico e offre una visione idealizzata dello stesso.

Il quarto ed ultimo ordine del discorso, quello della differenza, nasce dalla riflessione di Derrida. Si tratta di uno studio che, distintamente da quelli condotti da Benjamin e Hart, è in grado di riconoscere ed affrontare le difficoltà epistemologiche prodotte dal paradosso e di costruire, assieme al discorso letterario, una storia completa della relazione moderna tra il diritto e la violenza, una storia che conserva la memoria della co-implicazione originaria tra il diritto moderno e la violenza e che, nello stesso tempo, si dota di quegli strumenti teorici necessari per continuare a scommettere sulla loro differenza.

Il secondo capitolo contiene una lettura in chiave filosofico-giuridica de *Il processo* di Kafka, finalizzata a far emergere le implicazioni teorico-giuridiche del romanzo, le quali, seppur meno evidenti rispetto a quelle religiose, convivono con esse. Difatti, sebbene molti interpreti prendano in considerazione il romanzo da un angolo visuale primariamente religioso, di religiosità ebraica, non si può escludere che *Il processo* contenga – già nel titolo – un preciso significato giuridico. Tra l'altro, come ha osservato Reza Banakar, in *In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law*, è probabile che molti dei personaggi e degli ambienti della finzione kafkiana siano stati presi in prestito da casi giuridici reali, con i quali Kafka entrò in contatto durante l'esercizio della professione forense e che costituirono per lui una vera e propria fonte di ispirazione.

Nel primo paragrafo, intitolato *La questione dell'origine del diritto moderno nella letteratura kafkiana*, spiego in che modo Kafka mette in scena il dramma del diritto moderno, ovvero la tragedia di quel diritto che, ormai separato dalla morale e chiamato a riflettere sulla propria origine, non sa trovare, per sé, un titolo legittimante che non sia la violenza originaria con cui al principio si confonde. Nella letteratura della teoria del diritto lo stesso dramma circola sotto il lemma

‘positività del diritto’ e rimanda ad una forma moderna di *ius* che rinuncia a fondare se stessa su presupposti esterni e che presentandosi come autopoietica si espone a problemi di legittimità. Scrive Teubner, in *Das Recht vor seinem Gesetz*: «(...) *im Unterschied zum Recht traditionaler Gesellschaften, das sein Gesetz in einer umfassenden Kosmologie, in deren moralische, religiöse, politische Zusammenhänge es unlösbar eingebunden ist, einordnen und beurteilen konnte, kann das Recht der funktional differenzierten Gesellschaft sein Gesetz nicht umfassend daraufhin beurteilen, ob es wahr oder unwahr, gut oder böse, nützlich oder schädlich, schön oder hässlich, gesund oder krank, gerecht oder ungerecht ist. Der Kriterienverlust des positiven Gesetzes (...) das ist die Krankheit der Rechtsmoderne.*».

La malattia del diritto moderno, dice il sociologo tedesco, è la perdita di criteri della legge positiva. Luhmann la chiama autoreferenzialità, mentre Derrida la definisce violenza performativa. Nella sostanza, si tratta dello stesso male: l'assenza di una *legge prima* che permetta di distinguere, anche nel momento originario – nell'istante della fondazione –, tra diritto e violenza. Senza questa legge, sembra avvertire Kafka, la legittimità del diritto moderno è compromessa, all'origine; senza di essa, anche un giudizio condotto in uno Stato di diritto, come quello di K., può scivolare improvvisamente, per circostanze sconosciute, nell'abisso della violenza.

Il secondo paragrafo, intitolato *La voracità della “stirpe degli arconti”*, contiene un'analisi delle singolari modalità attraverso cui opera la macchina burocratica attivata ne *Il processo*. In particolare, cerco di far vedere come, nell'universo kafkiano, i funzionari della giustizia agiscano in conformità a leggi non ancora adottate, leggi a venire, come dice Derrida, ovvero promesse di leggi che, solo dopo la fondazione del diritto moderno, divengono vere leggi, precetti concreti e conoscibili a cui attenersi. Questa precisazione mi permette di concludere che il processo di cui parla Kafka non è altro che il processo di fondazione del diritto moderno, il momento originario di una nuova forma di diritto che, ancora sprovvista delle sue leggi, opera sotto una violenza estrema, mitizzata soltanto dalla promessa di una legge a venire.

Il terzo paragrafo, intitolato *Geometrie curve*, contiene un'analisi del simbolismo architettonico e del corpo legato al rituale giudiziario. Si tratta di un'analisi di estetica giuridica, applicata a *Il processo* e finalizzata a far vedere

come dentro le linee curve, disegnate da Kafka, l'uomo moderno appaia deformato sotto la tensione di forze contrarie e insuperabili: la promessa di una rottura con la violenza indiscriminata e il ricorso alla stessa per mantenere la promessa originaria.

Il quarto paragrafo, intitolato *Seduti davanti alla Legge, a contemplare la violenza dell'origine*, spiega come Kafka, attraverso il ricorso ad un linguaggio metaforico-allusivo originario – che ha come effetti la sospensione della realtà naturale e l'apertura del senso all'iconico – crea la visione di un momento, l'origine del diritto moderno, che nel discorso teorico-giuridico resta invisibile, per varie ragioni: la struttura logico-razionale dello stesso e la conseguente impossibilità di ammettere realtà in contraddizione. Tuttavia, questa immagine, che colma un vuoto nella teoria e nella filosofia del diritto, costruendo la memoria di un evento complesso e sfuggente, resta solo un'immagine, ovvero una visione senza l'oggetto visto – presente nell'immaginario collettivo solo grazie alla letteratura. È come se, edificando una memoria di quest'evento, Kafka cercasse di far presente al teorico del diritto che non ci sono soluzioni per il paradosso dell'origine e che di fronte ad esso si può solo stare seduti a contemplarne il volto bifronte e a sentire la violenza della sua legge.

Il terzo capitolo è strettamente legato al secondo ed è finalizzato a far vedere come attraverso una lettura filosofico-giuridica congiunta de *Il processo* di Kafka ed il *Bartleby* di Melville, sia possibile ricostruire la trama di quel discorso letterario su diritto e violenza, alla cui elaborazione hanno collaborato entrambi gli autori: il primo studiando la questione dell'origine del diritto moderno e dando un volto al paradosso che essa implica – quello di una fondazione violenta che reca la promessa di una rottura con la violenza –; il secondo analizzando il meccanismo di conservazione del diritto moderno e costruendo la memoria di un altro paradosso con cui il giurista odierno è costretto a convivere – quello della detenzione del monopolio dell'uso della forza, ovvero del ricorso alla violenza per mantenere la promessa originaria.

Il primo paragrafo, intitolato *Convergenze tra Bartleby e Der Prozeß*, analizza le proposte letterarie, filosofiche e storico-giuridiche contenenti un invito a leggere il *Bartleby* di Melville attraverso gli archetipi kafkiani.

Il secondo paragrafo, intitolato *Melville o delle ambiguità*, approfondisce le affinità tecniche tra la poetica di Melville e quella di Kafka, mettendo in luce

l'utilizzo da parte di entrambi gli scrittori di un linguaggio metaforico-allusivo originario, funzionale alla rappresentazione del paradosso del diritto moderno.

Il terzo paragrafo, intitolato *La metafora del muro in Bartleby e il paradosso della conservazione del diritto moderno*, approfondisce, invece, le affinità tematiche tra *Il processo* e *Bartleby*: l'originalità dei casi giudiziari contemplati; la durezza della macchina burocratica; le soluzioni violente adottate dal dispositivo giuridico. E, a partire da queste affinità, fa vedere come mentre *Il processo* contiene una metafora dispiegata della violenza che fonda il diritto, il *Bartleby* di Melville allude, invece, attraverso la metafora del muro, alle barriere che conservano il diritto, barriere che sono strumenti di protezione, ma anche tecniche di assoggettamento del soggetto di diritto moderno.

Nel quarto ed ultimo capitolo ho cercato di far vedere come il passaggio dal paradosso – che fonda la relazione moderna tra il diritto e la violenza – alla differenza – di ciò che in origine appare co-implicato – sia graduale ed 'incidentato' e come, ai fini di una sua ricostruzione, non sia possibile servirsi dei tradizionali metodi di analisi storica, dato che questi, tendendo alla costruzione di sistemi di pensiero universali e lineari, permettono (o, forse, sarebbe più corretto dire favoriscono) il ricorso a pratiche extra-documentali e, pertanto, dubbie dal punto di vista della loro legittimità scientifica; ma occorre, invece, avvalersi di una metodologia storica rigorosa come la genealogia foucaultiana che, lavorando su atti, carte e scritture, ricerca la verità di un evento solo a partire da questo materiale documentale, senza lasciarsi impaurire dalla sua dispersività e multiformità.

Per questo, il primo paragrafo, intitolato *Perché una 'genealogia' e non una storia della relazione moderna tra il diritto e la violenza*, cerca, da un lato e da una prospettiva generale, di dar conto del contesto in cui nasce la ricerca genealogica e degli aspetti che la differenziano dalle analisi storiche tradizionali e, dall'altro, di mostrare come, attraverso l'applicazione di questa peculiare metodologia di indagine all'evento dell'origine del diritto moderno, sia possibile smettere di pensare il paradosso che unisce i due poli della distizione diritto/violenza come un ostacolo al loro processo di differenziazione e di trattarlo, invece, come principio creativo della loro differenza.

Il secondo paragrafo, intitolato *Dalla memoria del paradosso alla memoria della differenza*, riprende le fila dei discorsi intorno al diritto ed alla violenza

analizzati nel primo capitolo, ma con l'intento, questa volta, non di descriverne il contenuto, bensì di mostrare come, ad uno sguardo d'insieme, questi non formino, per via della loro discordanza, né un'opera né un testo universale sull'origine del diritto moderno, ma uno scontro, un rapporto di potere, una battaglia di discorsi e attraverso dei discorsi, da cui emergono memorie distinte, alcune di primo ordine ed insostituibili, altre di secondo ordine e, pertanto, intercambiabili. La riproduzione di questa battaglia di discorsi, che la genealogia permette di ricreare e che un'analisi storica tradizionale, invece, tenderebbe ad occultare, permette di vedere come, sebbene ciascuno degli ordini del discorso su diritto e violenza contenga una memoria parziale, incompleta e tendenzialmente conflittuale dell'origine del diritto moderno, almeno due di tali ordini – quello letterario e quello della differenza – si incontrino ed aprano un dialogo destinato ad incentivare il processo di differenziazione del diritto moderno, evitando sue possibili derive totalitarie o anarchiche.

Il terzo paragrafo, intitolato *Comunicazione, memoria, narrazione o del come vincere la scommessa della differenza*, fa vedere come il discorso della differenza permetta di riconoscere, da un lato, il paradosso che caratterizza il momento dell'emersione del diritto moderno – sostenendo così la memoria elaborata dal discorso letterario – e, dall'altro, l'esigenza di gestirlo con strategie adeguate che non si limitino ad ideare soluzioni per il suo occultamento, ma che assicurino il suo continuo trattamento, dove per 'continuo trattamento' deve intendersi lo studio costante delle ragioni doppie che muovono la macchina giuridica e che sono ragioni del diritto e ragioni dell'altro da cui il diritto si differenzia.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Capitolo I

Diritto e violenza: la scommessa della differenza

1. Il diritto moderno osservato nella sua interazione con la violenza – **2.** Cos'è un “vero” paradosso – **3.** Del paradosso irriducibile che struttura la relazione moderna tra il diritto e la violenza – **4.** Per una genealogia del discorso moderno su diritto e violenza – 4.1 Premessa – 4.2 Kafka, Melville e il discorso letterario – 4.3. Benjamin e il discorso della critica – 4.4. Hart e il discorso della legittimazione – 4.5 Derrida e il discorso della differenza

1. Il diritto moderno osservato nella sua interazione con la violenza

Della relazione moderna tra il diritto e la violenza conosciamo solo ciò che è stato detto dai quattro ordini del discorso che l'hanno assunta ad oggetto: la *letteratura*, la *critica*, la *legittimazione* e la *differenza*.¹ Occuparsi di questo tema richiede, pertanto, una rilettura degli assetti e dei testi in cui lo stesso è nato, poiché compete ad essi l'introduzione nel dibattito scientifico di un metodo e di una chiave di lettura con cui condurre l'analisi di un rapporto in sostanza 'misconosciuto'.

La parola *misconoscimento* non sta, qui, ad indicare una conoscenza falsa o parziale, bensì, come spiega Resta, “una conoscenza, un'osservazione che si sottrae a se stessa, per certi versi, nascosta e impossibile”;² o, più precisamente, una conoscenza che sfugge alla propria pretesa conoscitiva, per via dell'ambiguità che caratterizza l'oggetto su cui essa insiste.

Difatti, il nesso che struttura la relazione moderna tra diritto e violenza – che è, poi, l'oggetto su cui gli ordini del discorso summenzionati avanzano le proprie

¹ La suddivisione e la classificazione del dibattito scientifico su diritto e violenza in quattro distinti ordini del discorso è in parte dovuta alla proposta fatta da Menke in *Law and Violence* (cfr. Christoph Menke, *Law and Violence*, in *Law & Literature*, vol. 22, n. 1, University of California Press, Spring 2010, pp.1-17). Nel testo menzionato, l'autore sostiene che i discorsi della legittimazione e quelli della critica, in cui si dividerebbe l'intero pensiero giusfilosofico, sin dai tempi dei sofisti, non costituiscono un buon punto di partenza per la comprensione del problema, dato che la loro tendenza ad affermare una verità unica gli impedisce di analizzare correttamente il paradosso che sta alla base della relazione tra il diritto e la violenza. Secondo Menke, ai fini di una buona comprensione della questione, si dovrebbe partire dalla tragedia poiché questa, prima ancora della filosofia, porta alla ribalta gli aspetti paradossali del tema che qui ci occupa e li mantiene in vita.

Mi discosto dalle posizioni del filosofo e letterato tedesco per diverse ragioni. In primo luogo, credo che la sua ricostruzione pecchi di una generalizzazione eccessiva: la complicazione tra il diritto e la violenza non è originaria; essa si produce in epoca moderna, quando il diritto, sottoposto a codificazione e amministrato nelle aule dei tribunali, si presenta espressamente come tecnica di razionalizzazione della violenza; nasce cioè in un contesto storico determinato e diviene oggetto di diversi ordini del discorso – qui indicati come l'ordine della letteratura, l'ordine della critica, l'ordine della legittimazione e l'ordine della differenza. In secondo luogo, l'idea secondo la quale occorrerebbe partire dalla tragedia, per comprendere il nesso che lega il diritto alla violenza, risente inevitabilmente dell'originarietà presunta dell'oggetto che tratta. Infatti, se Menke avesse inserito, come qui si cerca di fare, il tema del diritto e della violenza dentro precise coordinate temporali, la tragedia non sarebbe più apparsa come un valido strumento per la comprensione del tema in esame. Al suo posto, invece, sarebbero subentrati i romanzi e i racconti della modernità che con forza hanno insistito sull'intricato gioco del diritto e della violenza. Mi riferisco, più precisamente, alle opere letterarie qui prese in esame, *Il Processo* di Kafka e il *Bartleby* di Melville, classici della letteratura, che, alle soglie del ventesimo secolo, hanno fatto del problema del diritto e della violenza un luogo letterario, una questione di impegno civile e un'opportunità di sensibilizzazione dell'opinione pubblica.

² Eligio Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 2007, p. 11.

pretese conoscitive – è una contraddizione; e non una contraddizione qualsiasi, bensì un'antinomia irriducibile o ciò che la D'Agostini chiama “vero” paradosso.³

Già Cover, prima di Resta ed altri, aveva sottolineato la posizione ambigua assunta dal diritto moderno nei confronti della violenza, ricordandoci che se, da un lato, è vero che il monopolio statale dell'uso legittimo della forza serve a tenere “*our reality apart from our visions and rescues us from the eschatology that is the collision in this material social world of the constructions of our minds*”⁴ [la nostra realtà lontana dalle nostre visioni, salvandoci dall'escatologia, ovvero dalla collisione, in questa società materiale, delle costruzioni della nostra mente]; dall'altro, è altrettanto vero che la violenza, da cui il diritto moderno ci protegge, è anche la stessa con cui quest'ultimo ci costringe ad accettare tale protezione, dato che “*in the world of the modern nation-state (...) the social organization of legal precept has approximated the imperial ideal type*”⁵ [nel mondo dello stato-nazione moderno (...) l'organizzazione sociale del precetto giuridico si approssima a quella propria del modello imperiale].⁶

Tuttavia, a definire con estrema chiarezza la paradossalità dell'oggetto che qui ci tiene occupati è Menke, nel suo *Law and Violence*, dove si legge:

Every attempt at defining the relationship between law and violence must start with two tensely related, if not blatantly contradictory, premises. The first states: Law is the opposite of violence; legal forms of decision-making are introduced to interrupt the endless sequence of violence and counterviolence and counter-counterviolence, so as to exorcise the spell of violence generating more violence. The second premise states: Law is itself a kind of violence; even legal forms of decision-making exert violence — external violence that attacks physically, as well as inner violence that hurts the convict's soul, his being. “Legal interpretation takes place in a field of pain and death. . . . A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life.” In these two

³ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, Carocci, Roma, 2014 [2009], p. 186: “I veri paradossi sono i casi in cui la C [N.d.A. la contraddizione] è (o risulta essere) effettivamente irriducibile.”

⁴ Così Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 10.

⁵ *Ivi*, p. 16.

⁶ Il “modello imperiale”, di cui parla Cover, rimanda ad un'organizzazione sociale pluralista e, nello stesso tempo, gerarchica, dove i distinti ordini normativi (*nomoi*), che la costituiscono e che producono la babele di significati attraverso la quale i singoli orientano i loro agire, convivono, ma con gradi di autonomia giuridica e culturale differenti, dato che, affinché “giustizia, verità e pace” siano garantite, è necessario che solo ad un *nomos* — quello giuridico — spetti la cd. “narrazione d'autorità” (Cfr. Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, op. cit., pp. 13-17).

*statements, the law's hostility toward violence and its own violent character confront each other: law's claim to put an end to the "savage violence" of the state of nature of "externally lawless freedom" and the violence by means of which law enforces this claim. The problem of law and violence is the problem of the relation between these two statements. This problem is a paradox, a confusion of thought (and of passions). It is a problem that we cannot solve in favor of either side: both statements contradict each other, but both are true—neither can be denied. Thus, accepting the truth of both statements is the first step toward doing justice to the problem of law and violence.*⁷

Dunque, il problema del diritto e della violenza è, dice Menke (che cita un passo di *Violence and the Word*, di Cover, come argomento a sostegno della propria tesi), “un paradosso, una confusione di pensiero (e di passioni)”,⁸ che costringe coloro che vogliano cimentarsi nello studio della questione a convivere con le difficoltà epistemologiche che esso comporta o a smentirle, trattando l'aporia come un falso paradosso e provvedendo alla sua dissoluzione o riduzione.⁹

Vedremo come dei quattro ordini del discorso, che si sono formati nella modernità intorno al tema del diritto e della violenza, due – il discorso della letteratura e quello della differenza – seguano il primo cammino, tentando, rispettivamente, la costruzione di una memoria del paradosso e della differenza che quest'ultimo genera, mentre gli altri due – il discorso della critica e quello

⁷ Christoph Menke, *Law and Violence*, op. cit., pp. 1, 2: [Ogni tentativo di definire il rapporto tra diritto e violenza deve partire da due premesse strettamente legate, se non, addirittura, palesemente contraddittorie. La prima afferma: il diritto è l'opposto della violenza, dato che le forme giuridiche del processo decisionale vengono introdotte per interrompere la sequenza infinita della violenza, della contro-violenza e della contro-contro-violenza, così da esorcizzare l'incantesimo della violenza che genera altra violenza. La seconda premessa dichiara: il diritto è di per sé una forma di violenza, poiché anche le forme giuridiche delle decisioni esercitano violenza – tanto una violenza esteriore che colpisce il fisico, quanto una violenza interiore che ferisce l'anima del detenuto, il suo essere. “L'interpretazione giuridica ha luogo in un contesto di dolore e di morte. . . . Un giudice articola la sua comprensione di un testo, e come risultato, qualcuno perde la libertà, la proprietà, i propri figli, e persino la vita”. In queste due affermazioni, l'ostilità del diritto verso la violenza e il proprio carattere violento si confrontano: la pretesa del diritto di porre fine alla “violenza selvaggia” dello stato di natura, caratterizzata da una “libertà esternamente senza legge”, e la violenza, per mezzo della quale, il diritto impone questa pretesa. Il problema del diritto e della violenza è il problema del rapporto tra queste due affermazioni. E questo problema è un paradosso, una confusione di pensiero (e di passioni). È un problema che non possiamo risolvere a favore di nessuna delle due parti: entrambe le affermazioni si contraddicono a vicenda, ma entrambe sono vere – nessuna delle due può essere negata. Così, accettare la verità delle due affermazioni è il primo passo per rendere giustizia al problema del diritto e della violenza.].

⁸ *Ivi*, p. 1.

⁹ Sulla “dissoluzione” e la “riduzione” come strategie per la neutralizzazione dei paradossi, si veda Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., pp. 33-37.

della legittimazione – optino per una demistificazione del paradosso, generando, rispettivamente, una critica distruttiva del diritto moderno ed una visione eccessivamente idealizzata dello stesso.

2. Cos'è un “vero” paradosso

Il termine “paradosso” indica, in senso generico, una tesi, una opinione o una teoria, contraria alla *doxa* – l'opinione comune o i principi generali di una scienza.¹⁰ Nella letteratura specialistica, invece, il termine può assumere altri due significati che, pur non contrastando con la definizione generica, denotano un campo semantico più ristretto: un paradosso è un argomento apparentemente corretto con una conclusione inaccettabile; un paradosso è una domanda con due o più risposte, o un problema con due o più soluzioni contraddittorie.¹¹

La prima di queste definizioni tecniche è, oggi, la più usata e considerata canonica nella filosofia analitica.¹² La si ritrova in Quine,¹³ in Mackie¹⁴ e in Sainsbury,¹⁵ seppur con qualche variazione. La seconda, attualmente caduta in disuso, ha dominato a lungo nella filosofia tradizionale (i primi paradossi, infatti, venivano formulati come domande che ammettevano risposte contraddittorie e che erano destinate a mettere in difficoltà l'interlocutore a cui venivano rivolte; una testimonianza di ciò la si trova nelle *Vite dei filosofi* [II, 10, 108], dove Diogene Laerzio narra che Ebulide, esponente della scuola dei Megarici, creò gli argomenti dialettici noti come “il mentitore”, “il velato”, “il calvo” e “il cumulo”, presentandoli, appunto, in forma di domanda).¹⁶

Entrambe le definizioni specialistiche, sebbene costituiscano dei punti di riferimento nel campo della logica contemporanea, sono state oggetto, nell'ultimo

¹⁰ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 19.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. Willard Van Orman Quine, *The Ways of Paradox and Other Essays*, Random House, New York, 1966; tr. it. di M. Santambrogio, *I modi del paradosso e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano, 1975.

¹⁴ Cfr. John Leslie Mackie, *Truth, Probability and Paradox. Studies in Philosophical Logic*, Clarendon Press, Oxford, 1973.

¹⁵ Cfr. Richard M. Sainsbury, *Paradoxes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

¹⁶ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 19.

decennio, di critiche e riformulazioni.¹⁷ Sorensen, ad esempio, ha ritenuto la prima definizione troppo estesa, ma anche troppo ristretta, visto che non contempla i cd. paradossi “della percezione” e “dell'insensatezza”.¹⁸ Quine, invece, ha dimostrato come, attraverso di essa, sia impossibile distinguere tra “paradossi falsidici” – argomenti che sembrano corretti, ma non lo sono perché contengono delle fallacie –; “paradossi veridici” – argomenti corretti che generano una conclusione apparentemente falsa o insensata, per via di un temporaneo *deficit* epistemico –; e “antinomie” o “paradossi intrattabili” – argomenti corretti che generano una contraddizione indecidibile.¹⁹ Beall, Priest, Armour-Garb e, più in generale, la recente letteratura sulle logiche non-classiche, hanno preso le distanze, più o meno esplicitamente, da entrambe le definizioni, ispirandosi ad un'idea nuova di paradosso, che non esclude le precedenti, ma tende a specificarle, rendendo esplicito l'aspetto problematico che caratterizza i fenomeni paradossali – la presenza di una contraddizione intrattabile.²⁰ Secondo quest'orientamento, un paradosso è un argomento, una domanda, una opinione o una situazione (è indifferente quale sia il punto di partenza) che genera una contraddizione resistente.²¹

Delle tre definizioni tecniche qui presentate, quest'ultima è quella che adotto, ma si tratta solo di una scelta personale e non vincolante, dato che il dibattito sui paradossi è ancora aperto e controverso, privo cioè di una posizione condivisa sia intorno al significato del termine *paradoxos*, sia, più in generale, in merito ai criteri di classificazione dei paradossi.²²

La ragione per la quale la scelgo ha a che vedere con il suo elevato grado di specificità. A differenza delle altre due definizioni, infatti, essa circoscrive i fenomeni paradossali a quelle situazioni che generano una contraddizione irriducibile, per la quale non esistono strategie di neutralizzazione e dinanzi alla

¹⁷ *Ivi*, p. 20.

¹⁸ Cfr. Roy A. Sorensen, *A Brief History of the Paradox*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 100.

¹⁹ Cfr. Willard Van Orman Quine, *I modi del paradosso e altri saggi*, op. cit., pp. 75-91.

²⁰ Cfr. J. C. Beall, *Liars and Heaps*, Clarendon Press, Oxford, 2003; Graham Priest, J. C. Beall, Bradley P. Armour-Garb, *The Law of Non-Contradiction*, Clarendon Press, Oxford, 2004; J. C. Beall, Bradley P. Armour-Garb, *Deflationism and Paradox*, Clarendon Press, Oxford, 2005; Francesco Berto, *Teorie dell'assurdo. I rivali del principio di non-contraddizione*, Carocci, Roma, 2006; J. C. Beall, *Revenge of the Liar*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²¹ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 21.

²² *Ivi*, pp. 19-25.

quale occorre interrogarsi sulla posizione da adottare in merito, su come cioè confrontarsi con un apparente problema senza soluzioni.

In questo senso, un “vero” paradosso è quello che contiene una contraddizione che non può essere eliminata e che persistendo come tale, a dispetto delle pretese risolutive della logica classica, mette in crisi l'idea secondo la quale un paradosso sia, come scriveva Tarski, “il sintomo di una malattia”.²³ Se realmente si trattasse di una malattia, sarebbe possibile trovare una cura. E se realmente ci trovassimo in presenza di un problema, non tarderemmo a trovare delle soluzioni. Invece, è proprio quest'assenza di rimedi al paradosso che ci costringe a cambiare atteggiamento nei suoi riguardi, a non percepirlo più come un fenomeno catastrofico che decreta la fine di ogni programma di razionalità, ma, piuttosto, come un antidoto al dogmatismo, alla razionalità cieca che non vuole ascoltare altre ragioni, se non la propria.

3. Del paradosso irriducibile che struttura la relazione moderna tra il diritto e la violenza

Abbiamo detto che ad indicare, in modo esplicito, la natura paradossale della relazione che intercorre tra il diritto e la violenza, è Menke, il quale sostiene che il nesso di tale relazione non sia altro che una contraddizione indecidibile, generata da due premesse che possono considerarsi entrambe vere: la prima dice che il diritto è l'opposto della violenza, dato che le forme giuridiche del processo decisionale vengono introdotte per interrompere la sequenza infinita della violenza, della contro-violenza e della contro-contro-violenza; la seconda afferma che il diritto stesso è una forma di violenza, poiché la sua applicazione implica l'esercizio della violenza, tanto in un senso materiale, infliggendo pene e sofferenze fisiche, tanto in un senso immateriale, torturando l'anima del detenuto.²⁴

Tuttavia, sebbene questa tesi abbia il merito di dichiarare, con coraggio, il paradosso su cui si fonda il binomio diritto/violenza, c'è qualcosa nella sua

²³ Alfred Tarski, *Truth and Proof*, in *Scientific American*, 220, Jun. 1969, p. 63.

²⁴ Cfr. Christoph Menke, *Law and Violence*, op. cit., pp. 1, 2.

formulazione che, ad un'analisi più attenta, sembra non funzionare – un errore che vizia l'intero ragionamento e che, se rilevato, converte ciò che Menke considera una contraddizione insolubile, cioè un “vero” paradosso, in una contraddizione solo apparente.

Per portare allo scoperto l'equivoco che invalida tale riflessione, occorre verificare la provenienza delle premesse da cui essa parte e cercare di capire se quest'ultime, così come formulate da Menke, rappresentino una ricezione fedele dei testi da cui derivano o siano, piuttosto, una loro rielaborazione mal riuscita.

Sappiamo, dato che è l'autore stesso a dichiararlo, che la seconda premessa – quella secondo cui il diritto è una forma di violenza – rimanda alla teoria articolata da Cover, in *Violence and the Word*, e sappiamo anche che si tratta di un rinvio fedele, poiché Menke ha la premura di citare testualmente l'opera di Cover a cui ricorre per costruire una parte del suo ragionamento; ciò che, invece, ignoriamo è la fonte della prima premessa – quella secondo cui il diritto sarebbe l'opposto della violenza. Difatti, al riguardo, Menke non fornisce alcuna informazione. Né introduce una nota per orientare il lettore né cita alcun autore per dichiarare, in modo espresso, la referencia che utilizza ai fini della formulazione del primo postulato. Tuttavia, nonostante il suo silenzio, voluto o accidentale, cercare di risalire alla fonte di tale premessa non è impresa impossibile, dato che essa sembra farsi eco della teoria girardiana sulla violenza e i rituali di esorcizzazione della stessa.

Per rendersi conto di questa forte affinità tra il pensiero di Menke e quello di Girard, basta leggere un passo de *La violenza e il sacro*, dove il filosofo francese, utilizzando concetti che verranno, poi, ripresi da Menke, racconta della sostituzione, verificatasi in epoca moderna, del rito del sacrificio con quello del processo decisionale, al fine di soffocare, in modo più efficace, la sequenza infinita della vendetta:

(...) il sistema giudiziario *razionalizza* la vendetta, riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede; la manipola senza pericolo; ne fa una *tecnica* estremamente efficace di guarigione e, secondariamente, di prevenzione della violenza.

Questa razionalizzazione della vendetta non ha niente a che vedere con un radicarsi comunitario più diretto o più profondo; essa poggia, invece, sull'indipendenza sovrana dell'autorità giudiziaria, che ha ricevuto l'incarico una volta per tutte, e di cui nessun gruppo, nemmeno la collettività unanime, in teoria perlomeno, può

rimettere in discussione le decisioni. Non rappresentando nessun gruppo particolare, non essendo nient'altro che se stessa, l'autorità giudiziaria non dipende da nessuno in particolare, è quindi al servizio di tutti e tutti si inchinano di fronte alle sue decisioni. Solo il sistema giudiziario non esita mai a colpire in pieno la violenza, perché possiede sulla vendetta un monopolio assoluto. È grazie a tale monopolio che riesce normalmente a soffocare la vendetta, anziché esasperarla, anziché estenderla e moltiplicarla come farebbe lo stesso tipo di comportamento in una società primitiva.²⁵

Accedendo direttamente al testo di Girard, vediamo come Menke non solo se ne appropri tacitamente, ma vada, addirittura, al di là di quella che potrebbe definirsi una libera interpretazione dello stesso, deducendo, dall'idea secondo la quale il sistema giudiziario serva ad interrompere la sequenza infinita della violenza/vendetta, la conclusione, estranea a Girard, di un diritto come opposto della violenza.

Questa tesi, a cui approda Menke, che è priva dei toni misurati e distesi con cui la questione del diritto e della violenza viene trattata nelle pagine di *La violenza e il sacro*, tende – ed è questo il vizio che la invalida – ad estremizzare, sino a mistificare, la posizione del diritto nei confronti della forza bruta, fornendo, della stessa, una visione antistorica e idealizzata, difficile da accettare.

Sostenere, infatti, che il diritto è il contrario della violenza significa non solo alterare il dato storico – che ha sempre testimoniato l'uso della violenza, da parte del diritto, nelle sue distinte fasi evolutive –, ma anche trasfigurare la realtà giuridica, seguendo principi di nobilitazione che hanno lo svantaggio di disegnare un modello di diritto alieno, o più precisamente, desiderabile ma estraneo a quella che è l'esperienza giuridica concreta.

La prima premessa del ragionamento di Menke, dunque, riletta alla luce della teoria girardiana, dà l'idea di essere un'interpretazione mal riuscita della stessa o, perlomeno, qualora non si accettasse questa presunta discendenza, un'invenzione discutibile del filosofo tedesco, che non trova argomenti a favore né nella riflessione girardiana (alla quale, più di altre, si approssima) né, più in generale, nella letteratura scientifica sul tema del diritto e della violenza.

²⁵ René Girard, *La Violence et le sacré*, Éditions Bernard Grasset, Paris, 1972; tr. it. di Ottavio Fatica e Eva Czerkl, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 2011 [1972], p. 41.

Difatti, ciò che si è sempre detto del diritto, osservandolo nella sua interazione con la violenza, è che questo tende, in linea di principio, a frenare le esplosioni incontrollate della *vis*, servendosi, come ha scritto Weber, di una violenza legittima,²⁶ che si oppone alla violenza del singolo e che viene riconosciuta e accettata come valida da una data comunità, in quanto soggetta a regole adottate da un'autorità indipendente; si è ciò affermata sempre e, da più parti, una tendenziale disposizione del diritto, supportata dal consenso popolare, a lottare contro la violenza incontrollata, ma mai si è escluso un utilizzo, da parte del primo, di mezzi violenti per sradicare, o quantomeno contenere, la seconda. Pertanto, se si può affermare, e con ragione, che il diritto si oppone alla violenza – almeno in linea di principio –, non si può dire, invece, che esso sia l'opposto della violenza, essendo sempre possibile un uso giuridico della forza, con finalità repressive, preventive o rieducative.

Da ciò, non bisogna trarre la conclusione di un rapporto coerente e non problematico tra diritto e violenza, in ragione del semplice fatto che esiste, o si presume esista, una differenza tra la violenza giuridica – cosiddetta legittima – e quella del singolo; al contrario, l'argomento della legittimità della prima è proprio lì, ad indicare, che se vi è una contraddizione indecidibile nella relazione tra il diritto e la violenza, questa va verificata alla luce della fonte di tale legittimità e della sua capacità di giustificare, o meno, l'uso giuridico della violenza.

Dato che ogni tappa evolutiva del diritto ha conosciuto fonti di legittimazione della violenza giuridica differenti, affinché la contraddizione indecidibile, di cui parla Menke, possa considerarsi realmente tale, occorre introdurre nella sua riflessione una distinzione che le è estranea e che viene, invece, presa in considerazione da Girard – quella tra diritto pre-moderno e diritto moderno.

Senza questa barriera temporale, è impossibile valutare il paradosso che sembra fondare la relazione tra il diritto e la violenza, perché, come abbia visto, la 'verità' dello stesso dipende dall'esistenza o meno di una fonte che giustifichi la violenza giuridica e la mantenga, pertanto, distinta da quella alla quale il diritto si oppone. Quando questa fonte è ravvisabile e la sua autorità indiscutibile (come avviene nel caso del diritto pre-moderno), il presunto paradosso del diritto e della

²⁶ Cfr. Max Weber, *La politica come professione*, in M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*; tr. it. di Helga Grünhoff, Pietro Rossi e Francesco Tuccari, Einaudi, Torino, 2004, p. 48.

violenza si traduce in una fallacia, o, come si dice più comunemente, in un falso paradosso.²⁷ Quando, invece, tale fonte non esiste, o meglio, coincide con l'oggetto da legittimare (come accade nell'ipotesi del diritto moderno), il paradosso è 'vero' poiché si iscrive in un ragionamento circolare, fatto di una complicità forte ed indistruttibile tra diritto e violenza, dove cioè la seconda legittima il primo che, a sua volta, legittima la seconda. In quest'ultimo caso, infatti, ci troviamo in presenza di una contraddizione indecidibile, perché risulta vera tanto l'affermazione secondo la quale il diritto si oppone alla violenza, quanto quella secondo cui il diritto, per introdurre e mantenere la distinzione tra violenza legittima ed illegittima, si serve di una violenza che non ha altra fonte di legittimazione che se stessa e che, pertanto, si confonde con quella forma di violenza che vorrebbe combattere.

Dunque, la distinzione tra diritto pre-moderno e diritto moderno serve a verificare, se così si può dire, la resistenza del paradosso e, soprattutto, a valutare se sia possibile parlare, come fa Menke, di un paradosso generico del diritto, nella sua interazione con la violenza, o se, piuttosto, si possa e si debba parlare di una contraddizione insolubile, che si situa alla base del binomio diritto/violenza, solo a partire da una determinata epoca storica.

Risulta difficile pensare che, nell'esperienza giuridica pre-moderna, il problema del diritto e della violenza potesse essere percepito negli stessi termini in cui lo si avverte oggi, ovvero nella forma di un 'vero' paradosso, dal momento che, a quell'epoca, il diritto e la sua violenza godevano di una fonte di legittimazione indiscutibile – il diritto naturale – che si presentava quale sistema razionale, coerente e universale di norme immutabili, di matrice divina, chiamato ad intervenire tutte le volte in cui le fonti positive del diritto (che facevano capo ad istituzioni diverse e tra loro concorrenti, come l'Impero, la Chiesa, i principi, i comuni) risultavano scarse o in conflitto.²⁸ Questo sistema sovraordinato e immutabile rappresentava un titolo di legittimazione della violenza giuridica

²⁷ Sulle fallacie come errori argomentativi nascosti, si veda Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 46.

²⁸ Cfr. Danilo Zolo, Pietro Costa, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 350-352.

indiscutibile perché proveniva direttamente da Dio e rispettarlo era, come si legge nel sacramentario gregoriano, “cosa buona e giusta”.²⁹

Pertanto, ritenere che anche nella pre-modernità il rapporto tra diritto e violenza desse luogo ad una contraddizione indecidibile, sarebbe errato, dato che la legittimazione, di cui godeva la violenza giuridica a quell'epoca, discendeva direttamente da un sistema di valori certo, immutabile e sovraordinato alla legge positiva, che marcava e manteneva una chiara differenza tra la violenza esercitata dal diritto – buona e giusta perché di matrice divina – e quella posta in essere dal singolo – illegittima, perché contraria al sacro e superiore diritto di natura.

In questa tappa evolutiva del diritto, dunque, se volessimo ravvisare, a tutti i costi, una contraddizione indecidibile, come sembra suggerire Menke, dovremmo cambiare uno dei termini della relazione paradossale, occupandoci, ad esempio, del rapporto che sussiste tra la morale e la violenza, e chiedendoci quali siano i valori morali, superiori alla morale stessa, che legittimano la morale che legittima il diritto positivo e la sua violenza. Ma, è chiaro, che un'operazione di questo tipo ci condurrebbe in un vicolo cieco, costringendoci alla ricerca infinita di una fonte di legittimazione ultima che, in realtà, non esiste, essendo la stessa il risultato di una costruzione dell'immaginario sociale di una data epoca.

Di conseguenza, è più ragionevole credere che, in età pre-moderna, la fonte ultima della legittimazione del diritto e della sua violenza sia stata, per convenzione sociale, la *lex divina* e che la sua autorità si sia dimostrata così forte da rendere innecessaria una sua messa in discussione.³⁰

Con l'avvento della modernità, invece, l'ordine della società è mutato, i poteri si sono frammentati e moltiplicati, e il diritto, oramai secolarizzato, ha cessato di essere espressione della volontà divina, per divenire il prodotto di un'entità politica che ha acquisito il monopolio della produzione giuridica – lo Stato.³¹ In questo nuovo scenario si sono prodotti, da un lato, l'indebolimento di quella corrente filosofico-giuridica cd. giusnaturalista, che pensava il diritto come

²⁹ Cfr. Jean Deshusses, *Le sacramentaire grégorien. Ses principales formes d'après les plus anciens manuscrits*, I, Editions Universitaires Fribourg Suisse, St-Paul Fribourg Suisse, 1992[1971], p. 86: “*Gratias agamus domino deo nostro./Dignum et iustum est.*”.

³⁰ Cfr. Octavio Paz, *El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2010 [1956], p. 224: “*En las sociedades antiguas el ejercicio del poder no entrañaba hipocresía alguna, pues sus fundamentos nunca estuvieron a discusión (...)*” [Nelle società antiche, l'esercizio del potere non comportava alcuna ipocrisia, dato che i suoi fondamenti non venivano mai messi in discussione (...)].

³¹ Cfr. Danilo Zolo, Pietro Costa, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, op. cit., pp. 352, 353.

espressione della morale, e, dall'altro, l'affermazione progressiva di una concezione positivista del diritto, basata sul principio di legalità – ovvero sull'idea seconda la quale “le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste”, ovvero derivate dalla morale, “ma perché sono leggi”,³² cioè norme giuridiche adottate secondo procedure formali valide ed espressione della volontà del legislatore, del suo programma decisionale, che interpreta e detta la volontà popolare.

Questa nuova tappa evolutiva, che sperimenta un cambio di paradigma nella identificazione del diritto – dalla giustizia alla validità –, viene così descritta da Luhmann, in *La differenziazione del diritto*:

Il diritto diventa programma decisionale, diventa un combinato di proposizioni giuridiche valide, le quali, per la loro validità, possono essere applicate e possono essere controllate secondo criteri astratti di validità. Questa trasformazione si realizza gradatamente, di fatto, attraverso quel continuo lavoro che trova la sua occasione nell'attività procedurale e che può essere organizzato in relazione ai procedimenti. Il diritto si trasforma (...) in un insieme di fondamenti decisionali e regole decisionali, più o meno sistematizzati: un insieme dal quale è possibile ricavare allo stesso tempo criteri di selezione per la legalizzazione di aspettative individuali-particolari o di aspettative di tipo nuovo. La vecchia distinzione fondamentale, ancora concreta e realistica, tra comportamento permesso (buono) e comportamento proibito (cattivo) viene riformulata attraverso la distinzione tra prescrizioni valide e prescrizioni non valide.³³

Si realizza, dunque, a partire dalla modernità, quella che chiamiamo di solito la separazione tra il diritto e la morale, promossa dalle dottrine di Hobbes, Pufendorf e Thomasius e giunta a maturazione con l'illuminismo giuridico francese e italiano e con le dottrine apertamente giuspositivistiche di Jeremy Bentham e John Austin.³⁴ Ad essa segue, come ripercussione inevitabile, la perdita, da parte del diritto e della sua violenza, dell'antica fonte di legittimazione – la legge divina; ora, il diritto non dipende più da un sistema sovraordinato, ma solo da se stesso; si è chiuso operativamente, dice Luhmann, ha imparato cioè a produrre sé a partire

³² Michel de Montaigne, *Saggi*, a cura di Fausta Garavini, Adelphi, Milano, 1966, p. 1433.

³³ Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, tr. it. di Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 44, 45.

³⁴ Cfr. Danilo Zolo, Pietro Costa, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, op. cit., p. 353.

da sé, adottando decisioni che sono, nello stesso tempo, premesse per il suo funzionamento e risultati del suo operare.³⁵

Perché questa riorganizzazione dell'esperienza giuridica non si traduca in una perdita di credito da parte del diritto, oramai sprovvisto della coercizione che un tempo scaturiva dal diritto naturale, lo Stato ha assunto, continua Luhmann, il monopolio sull'impiego della forza fisica, di cui il diritto beneficia.³⁶ Senza l'ausilio dell'apparato coercitivo statale, le decisioni giuridiche “non sarebbero nient'altro che giudizi di una *cour d'amour*”, canti destinati a spegnersi nel vuoto.³⁷

Tuttavia, questa disponibilità della forza sovrana, che lo Stato accorda al sistema giuridico, non è senza contropartita; per poter beneficiare della coercizione statale, il diritto deve produrre decisioni giuridiche tese ad assicurare il controllo della stessa, una certa prevedibilità nel suo uso, sì da renderla diversa dalla violenza del singolo e supportare l'impresa dello Stato – che è quella di creare una violenza legittima, condizionata al rispetto di procedure prestabilite.

Se, però, il diritto moderno si fonda sulla violenza sovrana e, nello stesso tempo, deve legittimare questa violenza, perché, in assenza di tale legittimazione, tanto il potere statale quanto quello giuridico verrebbero meno, è evidente che ci troviamo dinanzi ad un paradosso intrattabile, che genera un ragionamento circolare e senza vie d'uscita, dove la violenza, presuntivamente legittima, fonda il diritto che dovrebbe legittimarla.

Di questa paradossalità indecidibile è fatto il diritto moderno, una paradossalità che, però, come vedremo, non è poi così tragica quanto vorrebbe farci credere Menke.

4. Per una genealogia del discorso moderno su diritto e violenza

4.1 Premessa

³⁵ Cfr. Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, op. cit., pp. 103-146.

³⁶ *Ivi*, pp. 147-151.

³⁷ *Ivi*, pp. 162, 163.

Nella genealogia del discorso moderno su diritto e violenza – che qui cerchiamo di ricostruire in modo sistematico, ma senza pretese di esaustività –, la letteratura sul tema riveste il ruolo del capostipite.

Questa posizione privilegiata dipende dal particolare statuto epistemologico che la regola, il quale, prevedendo una conoscenza diretta delle cose – non mediata, cioè, da nessun apriorismo o sistema convenzionale previo – e implicando l'invenzione di un linguaggio, precedente ad ogni altro, per esprimere tale conoscenza, converte l'esperienza letteraria nella progenitrice di qualsiasi altra forma di conoscenza teorica.³⁸

Con ciò intendo dire due cose: una più generica, che investe il discorso letterario in senso lato; ed una specifica, che riguarda solo la letteratura avente ad oggetto la relazione tra il diritto e la violenza.

La prima è che il discorso letterario si esprime attraverso un linguaggio metaforico, che, in quanto precedente ad altre forme del linguaggio (come, ad esempio, il linguaggio ordinario) e organizzato secondo una sequenza di immagini che accoppiano realtà opposte, differenti o tra di loro estranee,³⁹

³⁸ In questo senso si veda Jean-Jacques Rousseau, *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, Texte établi et présenté par Jean Starobinski, Gallimard, Paris, 2012 [1990], p. 68: “Comme les premiers motifs qui firent parler l'homme furent des passions, ses premières expressions furent des Tropes. Le langage figuré fut le premier à naître, le sens propre fut trouvé le dernier. On n'appella les choses de leur vrai nom que quand on les vit sous leur véritable forme. D'abord on ne parla qu'en poésie; on ne s'avisa de raisonner que longtemps après.”. [Poiché le passioni furono le prime ragioni che spinsero l'uomo a parlare, le sue prime espressioni furono i tropi. Il linguaggio figurato fu il primo a nascere, il senso proprio fu trovato per ultimo. Non si chiamarono le cose con il loro vero nome se non quando le si videro nella loro vera forma. Al principio, non si parlò che in poesia; si cominciò a ragionare molto tempo dopo.]. Si veda altresì Jorge Wagensberg (*Ideas sobre la complejidad del mundo*, Tusquets, Barcelona, 1985, pp. 89-94) secondo il quale la simulazione è la grande speranza per penetrare la complessità del mondo; Gregory Bateson (*Verso un'ecologia della mente*, tr. it. di Giuseppe Longo e di Giuseppe Trautteur, Adelphi, 2005 [1977], p. 184), che, in uno studio sulla costruzione delle informazioni nelle società primitive, parla della poesia – e dell'arte, in generale – come strumenti per sondare l'ignoto, alla ricerca di una verità più vasta che la coscienza distorce, essendo per necessità selettiva e parziale; Octavio Paz (*El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, op. cit., p. 154), secondo cui l'esperienza poetica è una via di accesso all'origine, dove per 'origine' deve intendersi il momento creativo dell'essere: “La experiencia poética es una revelación de nuestra condición original. Y esa revelación se resuelve siempre en una creación: la de nosotros mismos. La revelación no descubre algo externo, que estaba ahí, ajeno, sino que el acto de descubrir entraña la creación de lo que va a ser descubierto: nuestro propio ser. Y en este sentido sí puede decirse, si temor a incurrir en contradicción, que el poeta crea al ser.”. [L'esperienza poetica è una rivelazione della nostra condizione originale. E questa rivelazione si risolve sempre in una creazione: quella di noi stessi. La rivelazione non scopre qualcosa di esterno, che era lì, sconosciuto. Al contrario, l'atto di scoprire implica la creazione di ciò che viene scoperto: il nostro essere. E in questo senso si può dire, senza il timore di incorrere in una contraddizione, che il poeta crea l'essere.].

³⁹ Cfr. Octavio Paz, *El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, op. cit., p. 98.

produce una 'cosmovisione' o "verità visibile"⁴⁰ del mondo, per usare un'espressione melvilliana, attraverso la quale possiamo afferrare ciò che si trova al di là della nostra potenza concettuale; entrare in contatto mentale con ciò che è remoto e difficile da comprendere, con ciò che si fa fatica, come scrive Ortega,⁴¹ non solo a nominare, ma anche a pensare. In sostanza, per la sua relazione immediata con le cose e per la sua visione unificatrice, la conoscenza estetica riesce a superare le barriere della conoscenza teorica, ad inventare, cioè, mondi ancora impensati che, solo dopo aver acquisito una forma nel discorso letterario, divengono oggetti del pensiero, prima, e temi della riflessione teorica poi.⁴²

La seconda – che circoscrive alla letteratura su diritto e violenza quanto detto, in via generale, per il discorso letterario – è che alcuni prodotti della letteratura, come *Il processo* di Kafka e il *Bartleby* di Melville, hanno il merito di introdurre nell'immaginario sociale una prima visione del paradosso su cui si fonda il diritto moderno, con la quale si confronteranno, più tardi, il discorso della critica, quello della legittimazione e quello della differenza.

4.2 Il discorso della letteratura

Ancor prima che nel dibattito scientifico si iniziasse a parlare dell'esistenza di una contraddizione alla base della relazione moderna tra il diritto e la violenza, nel campo della letteratura, Kafka e Melville avevano già prodotto le prime rappresentazioni figurate di questa contraddizione.⁴³ Difatti, *Il processo*, *Nella*

⁴⁰ Herman Melville, *Correspondence*, in Lynn Horth (ed.), *The Writings of Herman Melville: Correspondence*, vol. XIV, The Northwestern-Newberry Edition, Evanston and Chicago, 1993, p. 186.

⁴¹ Cfr. José Ortega y Gasset, *Las dos grandes metáforas*, in J. Ortega y Gasset, *El espectador*, vol. IV, Austral, Madrid, 1966, p. 204.

⁴² In questo senso, si veda Octavio Paz (*El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, op. cit., p. 186), secondo il quale, la parola poetica è "el acto original con el que principia toda historia social o individual; expresión de una sociedad y, simultáneamente, fundamento de esa sociedad, condición de su existencia" [l'atto originale con cui ha inizio ogni storia sociale o individuale; espressione di una società e, contemporaneamente, fondamento di questa società, condizione della sua esistenza].

⁴³ Non è, pertanto, da escludere la possibilità che furono proprio le intuizioni di questi due scrittori a stimolare e strutturare la riflessione scientifica intorno al tema della co-implicazione tra il diritto e la violenza, nella modernità; e, soprattutto, ciò non va escluso, non in ragione di una mera circostanza temporale, che situa i testi di Kafka e Melville in un momento precedente all'apertura del dibattito teorico su diritto e violenza, bensì in virtù dell'attenzione e dei richiami espressi, che autori come Benjamin, Schmitt e Derrida (solo per citarne alcuni) dedicano a tali opere letterarie, nel tentativo di approfondire gli aspetti paradossali del diritto moderno – in particolare, quello della sua interazione con la violenza.

colonia penale, La questione delle leggi, Moby Dick, Billy Budd, Bartleby, se interpretate da una prospettiva giuridica, non sono nient'altro che immagini del rapporto antinomico che si instaura nella modernità tra il diritto e la violenza.

Tuttavia, di questa vasta produzione letteraria a sfondo giuridico, solo due opere sembrano richiamarsi a vicenda e organizzare un vero e proprio discorso intorno al paradosso del diritto moderno: *Il processo* di Kafka, che, mettendo in scena un giudizio condotto secondo regole segrete e destinato a concludersi con una condanna a morte (inflitta da una legge inconoscibile e sempre a venire), si presenta come metafora della violenza senza volto che fonda il diritto moderno; e il *Bartleby* di Melville che, raccontando la storia di uno scrivano con preferenza a non adempiere gli ordini impartiti dalla legge e punito per questa sua ostinazione a preferire di non essere governato dal dispositivo giuridico, offre una metafora della violenza attraverso cui si conserva il diritto moderno.

Sull'esigenza di leggere queste due opere in modo congiunto e, soprattutto, da una prospettiva cronologica rovesciata – che va da Kafka a Melville – si sono espressi vari autori, del cui pensiero ci occuperemo più analiticamente nel capitolo terzo, essendo necessario chiarire, qui, in che senso sia possibile rintracciare, in queste narrazioni, la memoria del paradosso del diritto moderno (una memoria a cui gli altri ordini del discorso faranno riferimento: o per negarla o per costruirne un'altra che, senza mistificare la prima, si sommergerà ad essa, per rendere possibile e civile la convivenza tra il diritto e la violenza).

Nel paragrafo precedente, mi sono limitata a dire che esiste alla base della relazione moderna tra il diritto e la violenza una contraddizione irriducibile, senza indicare in quali aspetti della vita giuridica la stessa si produce. Ora, con l'ausilio dei testi di Kafka e Melville vorrei fare esattamente questo, mostrare come ciò che si definisce “vero” paradosso si produce in due momenti distinti dell'esperienza giuridica: quello dell'origine e quello della conservazione.

Come ha scritto Ruiz, in *La paradojalidad del derecho y el lugar del juez*, *Il processo* di Kafka è una straordinaria sintesi del momento fondante del diritto moderno:

(...) una búsqueda de la genealogía del poder – genealogía en el sentido nietzscheano de la palabra – en el mundo del derecho conduce a la violencia. El estado moderno monopolizó el legítimo ejercicio de esa violencia, a la que el derecho alude como

actos de fuerza. Pero siempre detrás de las múltiples formas en que el poder se manifiesta está la violencia desnuda, que el derecho disfraza. Esa violencia es determinante del poder, aunque no se actualice de manera permanente en su ejercicio, y esa relación inescindible entre derecho y violencia solo está preservada mientras no se la exhiba permanentemente. La ejecución de K. en manos del verdugo es violencia a cara descubierta, aunque disimulada bajo la forma de la aplicación legítima del castigo, que ocurre en un momento y en un tiempo determinados. En el derecho moderno la muerte juega sus propios simbolismos. Es el último síntoma del poder que el discurso mantiene oculto. La muerte de K. expresa el carácter de un sacrificio absurdo, sin sentido, salvo que se lo interprete como una suprema afirmación de que la institución siempre se impone.⁴⁴

La storia di K, dunque, è la storia di un'istituzione – l'ordinamento giuridico moderno –, che si impone in modo ambiguo, professando la venuta di una legge che porrà fine alla violenza indiscriminata, ma che per venire, per concretizzare la sua promessa, non può fare a meno di ricorrere alla stessa nuda violenza a cui si oppone.

In questo senso, l'origine, di cui ci parla il processo kafkiano, è il primo momento della vita giuridica moderna in cui il diritto produce una realtà paradossale, dove il ripudio della violenza incontrollata coincide con la sua ritualizzazione a scopo benefico. La violenza si presenta, cioè, nel momento fondante, come veleno e antidoto, male e cura, problema e soluzione, oscillando da un polo all'altro della distinzione, come il *pharmakon* platonico.⁴⁵

⁴⁴ Così Alicia E. C. Ruiz, *La paradojalidad del derecho y el lugar del juez*, in Alicia E. C. Ruiz, Jorge E. Douglas Price, Carlos María Cárcova (a cura di), *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 205: [(...) Una ricerca della genealogia del potere – genealogia nel senso nietzschiano della parola – nel mondo del diritto conduce alla violenza. Lo Stato moderno ha monopolizzato il legittimo esercizio di tale violenza, alla quale il diritto allude come atti di forza. Però dietro le molteplici forme in cui il potere si manifesta, sta sempre la violenza nuda, che il diritto dissimula. Tale violenza è ciò che rende possibile il potere, anche se non si attualizza in modo permanente nel suo esercizio, e questa relazione inescindibile tra il diritto e la violenza si conserva solo se non la si esibisce permanentemente. L'esecuzione di K. per mano del boia è violenza a volto scoperto, sebbene dissimulata sotto la forma dell'applicazione legittima della pena, che si verifica in un momento e in un tempo determinati. Nel diritto moderno la morte gioca i suoi propri simbolismi. È l'ultimo sintomo del potere che il discorso occulta. La morte di K. esprime il carattere di un sacrificio assurdo, senza senso, salvo che non lo si interpreti come una dichiarazione suprema del fatto che l'istituzione si impone sempre.]

⁴⁵ Sulla doppiezza del concetto platonico di *pharmakon*, si veda Jacques Derrida, *La pharmacie de Platon*, in *La dissémination*, Seuil, Paris, 1972, tr. it. di Rodolfo Balzarotti, La farmacia di Platone, Jaca Book, Milano, 2015 [1985], pp. 86- 109.

Sebbene alcuni autori, abbiano voluto vedere ne *Il processo* una critica da parte del suo autore nei confronti del diritto,⁴⁶ nella vicenda di Josef K. non esistono che immagini confuse della burocrazia giuridica, i cui rappresentanti sono tanto esseri immorali, quanto uomini di legge; funzionari corrotti, ma anche dipendenti con un forte senso del dovere. Neppure nella scena finale, che chiude il romanzo con l'immagine di un K. rassegnato, adagiato contro un masso, in attesa della esecuzione della sua condanna a morte, Kafka lascia trapelare un giudizio negativo nei confronti della macchina burocratica attivata dal processo (che è processo di fondazione del diritto moderno): la cava di pietra dove K. viene ucciso è sì deserta e abbandonata, ma intorno ad essa c'è anche “*der Mondschein mit seiner Natürlichkeit und Ruhe, die keinem anderen Licht gegeben ist*”⁴⁷ [il chiaro di luna, con quella sua naturalezza e calma che non appartiene a nessun'altra luce].

Nella riflessione di Kafka, dunque, il giudizio nei confronti del diritto non è propriamente un giudizio. Si tratta, piuttosto, di uno sguardo sospeso, fermo all'inizio di un bivio; non una messa sotto accusa dell'apparato giudiziario, ma una contemplazione delle forze contraddittorie che lo mettono in moto – la giustizia e la violenza brutta.

Così osservare il diritto con gli occhi di Kafka, significa non rinunciare a vedere, nella sua fondazione, una fusione tra la bellezza celestiale e lo squallore umano; una lotta intestina, e mai conclusa, tra il sogno divino di una legge a venire e l'incubo terreno di una violenza che riposa all'origine di ogni legge, anche di quella che vorrebbe farla finita con la violenza stessa.

A questa immagine ambigua del diritto, attraverso cui Kafka ci inizia alla conoscenza estetica del paradosso che fonda il diritto moderno, Melville ne aggiunge un'altra, che chiude quello che abbiamo definito il discorso della letteratura sul diritto e la violenza. Di essa troviamo traccia in un racconto del 1853, il cui protagonista, uno scrivano con preferenze negative nei confronti della legge e condannato alla pena detentiva per questa sua bizzarra attitudine, ci ricorda che “*la preferencia no tiene nada que hacer frente al verbo imperativo, ante la fuerza soberana de las órdenes*” [la preferenza non può nulla dinanzi al

⁴⁶ In questo senso, si veda in particolare lo studio di Francesco Silvio Gentile (*Kafka, processo alla giustizia*, Elcam, Salerno, 1970, pp. 9-11), il quale interpreta *Il processo* come una critica del diritto medievale.

⁴⁷ Franz Kafka, *Der Prozeß*, in *Gesammelte Werke*, Herausgegeben von Max Brod, Fischer, Frankfurt am Main, 1958, p. 270.

verbo imperativo, di fronte alla forza sovrana degli ordini].⁴⁸ La storia di Bartleby è, scrive Levi, espressione dell'impreferibilità della Legge, della sua autorità e della violenza che la conserva.

La Ley se nos presenta a menudo como algo absoluto, como un imperativo en un solo sentido que precisamente nos impide hacer las cosas a nuestro modo. La norma nos exige un comportamiento, jamás nos da un menú de opciones. Incluso, suponemos que la Ley forma parte de un sistema coherente y cerrado, que es capaz de autoejecutarse ante el incumplimiento de los sujetos. Precisamente por eso es que la respuesta de Bartleby nos resulta irracional, porque la preferencia no tiene nada que hacer frente al verbo imperativo, ante la fuerza soberana de las órdenes del abogado. La preferencia ante la Ley deviene entonces en el hecho crucial de la historia.⁴⁹

É come se Melville ci spingesse ad immedesimarci nella vicenda di Bartleby, a tentare di avere, come fa lui, delle preferenze negative dinanzi alla Legge, a vedere se sia possibile starne fuori, se si possa, cioè, scegliere di sottrarsi al suo governo, senza tuttavia disconoscerne la autorità; e, nello stesso tempo, è come se venissimo costretti a sperimentare la follia di quest'impresa, la sua irrealizzabilità per via di una violenza sovrana che conserva il diritto e che prevede l'inclusione di tutti dentro le sue mura, le quali sono, indistintamente, strumento di protezione e pratica di assoggettamento.

Con *Bartleby* vediamo, dunque, che la stessa contraddizione che origina il diritto si ripete nella fase della sua conservazione, quando, dinanzi alla scelta sul se farci difendere dal diritto o ricercare altri dispositivi attraverso cui proteggerci dalla nuda violenza, ricompare la violenza brutta che è all'origine del diritto, a ricordarci che è impossibile farla finita con la Legge e la sua violenza.

Dedicheremo i capitoli secondo e terzo alla analisi attenta de *Il processo* e di *Bartleby*, per approfondire il complicato lavoro di costruzione di una memoria del

⁴⁸ Così Daniel A. Levi, *La ley como opción (Acerca de Bartleby)*, in *Lecciones y Ensayos*, n. 81, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 384.

⁴⁹ Ibidem: [La Legge ci si presenta spesso come qualcosa di assoluto, come un imperativo in un unico senso, che ci impedisce di fare le cose a modo nostro. La norma esige da noi un comportamento determinato, giammai ci dà un menu di opzioni. Altresì, supponiamo che la legge formi parte di un sistema coerente e chiuso, in grado di auto-eseguirsi, anche dinanzi all'inadempimento dei soggetti. Proprio per questo, la risposta di Bartleby ci risulta irrazionale, perché la preferenza non può nulla dinanzi al verbo imperativo, di fronte alla forza sovrana degli ordini dell'avvocato. La preferenza di fronte alla legge diventa quindi il fatto cruciale della storia.].

paradosso del diritto moderno che sta dietro questi testi. Qui, basta dire che, grazie alla costruzione di tale memoria, si è resa possibile una conoscenza teorica del paradosso, senza la quale sarebbe stato impossibile distinguere e scommettere, come si fa oggi, sulla differenza tra il diritto e la violenza.

4.3 Il discorso della critica

Uno dei grandi teorici del Novecento che si è soffermato con maggiore consapevolezza sul rapporto che intercorre tra il diritto e la violenza, è sicuramente Walter Benjamin.⁵⁰ La sua riflessione sul tema, confluita nello scritto *Zur Kritik der Gewalt*,⁵¹ venne condotta negli anni 1920-1921, in un'epoca in cui gli echi delle rivoluzioni in Germania e in Russia erano ancora molto forti. Probabilmente, fu proprio la loro forza a costringere Benjamin ad avviare una profonda riflessione sulla legittimità di quella violenza che, avendo travalicato ogni contesto di giuridificazione nazionale, finì per sfociare nelle insurrezioni rivoluzionarie.

Sappiamo che, al momento della stesura del saggio *Zur Kritik der Gewalt*, Benjamin si era già imbattuto in autori come Charles Péguy, Georges Sorel e Erich Unger ed aveva, quindi, acquisito consapevolezza del momento storico che stava vivendo per mezzo delle loro voci.⁵² Quando cominciò a scrivere la sua critica, probabilmente agì sotto l'impulso di una violenza dilagante, di fronte alla quale bisognava correre ai ripari.

Lo scoppio e il fallimento della rivoluzione del 1918; la consapevolezza dell'urgenza di una questione palestinese; gli effetti di depauperamento causati

⁵⁰ Così Mauro Balestrieri, *La penna e la spada. Ambiguità e conflitto in Jorge Luis Borges*, in The Cardozo Electronic Law Bulletin, vol. XIX, n. 1, spring-summer 2013, p. 7.

⁵¹ Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Jg. 47 (1920/21), H. 3 (August 1921), pp. 809-832, ora in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, Bd. II/1, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 179-203; tr. it di Massimiliano Tomba, *Per la critica della violenza*, testo tedesco a fronte, Alegre, Roma, 2010.

⁵² Vedi Axel Honneth, *Pathologien der Vernunft. Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007, tr. it. di Antonio Carnevale, *Patologie della ragione: storia e attualità della teoria critica*, PensaMultimedia, Lecce, 2012, p. 130: “Tra i maggiori riferimenti che si trovano nelle lettere che il filosofo spedì regolarmente tra il 1918 e il 1921 agli amici Gershom Scholem e Ernst Schoen [...] ricorrono i nomi di tre pensatori, il cui raggio di influenza ricade in varia misura nell'ambito predominante della teoria politica: Charles Péguy, Georges Sorel ed Erich Unger”. Si veda anche Dominick LaCapra, *Violence, Justice, and The Force of Law*, in *Cardozo Law Review*, vol.11, n. 1065, 1989-1990, p.1065: “Sorel's text is crucial for Walter Benjamin in *Zur Kritik der Gewalt* [...] in which the fascination with violence has at least the status of a revenant”.

dall'economia capitalistica furono gli eventi che delimitarono lo scenario storico-politico in cui Benjamin scrisse. Non a caso, l'intero saggio può considerarsi un compendio delle più importanti problematiche giuridico-politiche del tempo: il diritto di sciopero, lo stato di polizia, la guerra.

Ma, sin dalle prime pagine del testo, si respira qualcosa di diverso da una semplice trattazione dei dilemmi della società capitalistica. In ogni riga si percepisce il bisogno - forse più generale che personale - di trascendere gli eventi, di superarne la materialità e di ricercarne altrove le cause e le possibili soluzioni. Nella sua struttura generale, *Zur Kritik der Gewalt* è innanzitutto la storia di una immanenza e di una trascendenza che si incontrano nel loro momento ultimo ed estremo e che in quest'istante di condivisione, cessando di contemplarsi l'una attraverso gli occhi dell'altra, diventano una cosa sola.

Per esprimere quest'incontro, Benjamin plasma due coppie concettuali: da un lato, troviamo una *violenza che pone*, accompagnata da una *violenza che conserva*; dall'altro, una *violenza mitica* in opposizione ad una *violenza divina*. Questa dualità concettuale, alla quale Benjamin ricorre per rendere possibile la sua critica, non è mai solo diversità che, in quanto tale, pone e conserva due forme come distinte; essa è anche identità illegittima poiché, in quanto differenza, fa uso del suo contrario per esplicitarsi e facendovi riferimento lo incorpora, creando un'unità che doveva essere mantenuta distinta.⁵³ Tutto il discorso benjaminiano ruota intorno a qualcosa che poi improvvisamente, senza volerlo, assume la veste d'altro. Come leggere, dunque, *Zur Kritik der Gewalt*? Da un lato, sarebbe riduttivo circoscrivere il testo negli spazi angusti delle analisi di teoria politica e di teoria del diritto. Dall'altro, costituirebbe un azzardo una lettura del saggio solo in chiave filosofico-religiosa, limitandosi a vedere nel fondamento della violenza

⁵³ Sul *double bind* che struttura il discorso benjaminiano intorno alla violenza che pone e alla violenza che conserva, si veda Jacques Derrida, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994, tr. it di Francesco Garritano, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino 2010 [2003], p. 106: "Queste opposizioni benjaminiane sembrano dunque più che mai da decostruire; esse si decostruiscono da sole, anche come paradigmi della decostruzione. Ciò che sto dicendo è assolutamente conservatore e anti-rivoluzionario. Infatti, al di là del discorso esplicito di Benjamin, proporrò l'interpretazione secondo cui la violenza stessa della fondazione o della *posizione del diritto* (*rechtsetzende Gewalt*) deve implicare la violenza della *conservazione del diritto* (*rechtserhaltende Gewalt*) e non può rompere con essa. Appartiene alla struttura della violenza fondatrice il fatto che essa chiama la ripetizione di sé e fonda ciò che dev'essere conservato, conservabile, promesso all'eredità e alla tradizione, alla condivisione".

una immagine del Dio della tradizione monoteistica giudaico-cristiana.⁵⁴ Esistono molteplici chiavi di lettura con cui accedere al testo e ognuna di esse costituisce un valido mezzo euristico: c'è la chiave ebraica che permette di opporre la giusta violenza divina (di matrice ebraica) alla violenza mitica (di tradizione greca); c'è il tema dell'annichilimento del diritto e la preoccupazione per la tutela dei diritti dell'uomo; c'è la crisi della democrazia borghese, liberale e parlamentare; c'è l'incontro tra il linguaggio della rivoluzione marxista e quello della rivoluzione messianica; da ultimo, c'è il problema dell'origine e dell'esperienza del linguaggio, sebbene quest'ultima chiave di lettura trovi spazio solo nelle cantine del discorso benjaminiano sulla violenza.

Considerata la varietà di tematiche che l'autore concentra in un testo così breve come *Zur Kritik der Gewalt*, sarebbe preferibile astenersi tanto da letture unidirezionali, le quali mettano in risalto solo uno dei tanti temi affrontati da Benjamin, come anche da interpretazioni esaustive, le quali pretendano di fornire un elenco completo di tutte le questioni poste.

Tuttavia, ogni lettura ha il suo punto di vista privilegiato, a partire dal quale domina l'opera e si lascia dominare da essa. Questo punto di vista proviene dall'esterno, precede il testo e la sua esistenza prescinde da quella del testo stesso. Il fatto che dopo l'incontro con l'opera, quel punto di vista, dapprima generico, diventi poi il punto di vista privilegiato del testo, significa solo che il lettore e la sua idea hanno trovato un terreno fecondo dove germogliare e non che il testo ha plasmato quel punto di vista come se, prima di quest'incontro, questo non fosse mai esistito. Esso resta esterno e sempre infedele all'opera. Non esistono interpretazioni fedeli del testo perché ogni lettura comincia con un tradimento: quello del punto di vista che precede e inganna la voce dell'autore del testo.

Anche chi scrive ora, in qualità di lettore/traditore, si è affacciato al saggio di Benjamin con un determinato punto di vista: l'idea che esista una relazione

⁵⁴ Cfr. Axel Honneth, *Pathologien der Vernunft*, op. cit., pp. 128: “È del tutto evidente che il reale tema non fosse il posto spettante alla violenza all'interno del diritto moderno; né Benjamin intendeva dare risposta alla semplice domanda sulla possibilità di una violenza del diritto (alla quale, molto probabilmente, egli avrebbe risposto in maniera affermativa). Ad attirare il suo interesse erano, invece, sia la fonte che la forma della violenza, caratteristiche che le attribuiscono una tale capacità di rovesciamento dei rapporti reali da poter causare la fine dell'intero impianto delle istituzioni del diritto. Come presto il testo svela, secondo Benjamin fondamento e principio di una violenza trasformatrice come questa non poteva che essere il Dio della tradizione monoteistica giudaicocristiana. È per questo che si può affermare che lo scritto *Per la critica della violenza*, non diversamente da altri composti prima ma anche dopo, sia un saggio filosofico-religioso”.

strettissima tra il diritto e la violenza, la quale può condurre in alcuni momenti e in presenza di determinate circostanze ad una con-fusione dei due poli della distinzione. Se, come ha scritto E. Resta, il diritto è “il luogo in cui si è giocata, e si continua a giocare, la scommessa di una differenza rispetto alla violenza”⁵⁵, un'analisi che abbia come unico obiettivo quello di vedere come si struttura questo rapporto non può essere sufficiente. Ad essa deve necessariamente seguire una ricerca delle pratiche sociali attraverso le quali sia possibile ingannare la violenza.

L'inganno della violenza [...] consiste nel dar forza a una legge condivisa, convenzionale e artificiale sino in fondo, ma proprio per questo capace di evitare che i cittadini si riappropriino delle armi (*ne cives ad arma ruant*). È lo stesso inganno che i parlamenti mettono in essere quando sostituiscono le parole alle armi. Del resto, non a caso, *parlamento* si chiama *parlamento*. L'inganno allontana la violenza sostituendola: il raggirio evita il muso contro muso della battaglia vera, allontana la guerra incorporandola e neutralizzandola. [...] L'inganno è saggezza singolare di un raggirio che non nega la violenza e la rimuove lasciandola covare, ma la prende sul serio e la trasforma.⁵⁶

Ammettere che esista una relazione strettissima tra il diritto e la violenza equivale a prendere sul serio il problema della violenza e a muovere i primi passi verso una critica della stessa. Il saggio di W. Benjamin costituisce un punto di riferimento imprescindibile per chiunque decida di offrire un contributo sul tema, non tanto perché si preoccupa di chiarire i rapporti che intercorrono tra il diritto e la violenza,⁵⁷ quanto perché concepisce quest'ultima come qualcosa di impensabile al di fuori del diritto, della politica e della morale.⁵⁸ Nella nozione

⁵⁵ Eligio Resta, *La certezza e la speranza*, op. cit., p. XVI.

⁵⁶ Eligio Resta, *La certezza e la speranza*, op. cit., p. XII.

⁵⁷ Per una trattazione dei rapporti tra il diritto e la violenza che anticipa il lavoro benjaminiano, si vedano: Rudolf von Jhering, *Der Zweck Im Recht*, vol. 1, Breitkopf e Härtel, Leipzig, 1884 [1877]; Georges Sorel, *Réflexions sur la violence*, Deuxième, Paris, 1910.

⁵⁸ Cfr. Axel Honneth, *Pathologien der Vernunft. Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*, op. cit., pp. 135,136: “[...] sotto la nozione di *violenza* devono essere inclusi solo quei poteri costringenti che non solo vanno a incidere sulle *relazioni etiche*, ma che sono essi stessi corredati di una validità etica. Corrispondentemente, nel suo studio, l'autore si è soffermato soprattutto sull'analisi di quelle forme di violenza che possiedono una legittimazione morale sufficiente a poter costringere una società a trasformazioni.”; Jacques Derrida, *Force de Loi*, op. cit., p. 96: “Il concetto di violenza (*Gewalt*) consente una critica valutatrice soltanto nella sfera del diritto e della giustizia (*Recht, Gerechtigkeit*) o dei rapporti morali (*sittliche Verhältnisse*). Non c'è violenza naturale o fisica. Si può in modo figurato parlare di violenza a proposito di un terremoto o anche di un dolore fisico. Ma si sa che in tal caso non si tratta di una *Gewalt* che possa dar luogo a un giudizio, davanti a qualche apparato di giustizia. Il concetto di violenza appartiene all'ordine simbolico del diritto, della politica e della morale - di tutte le forme di *autorità* o di *autorizzazione*,

benjaminiana di violenza c'è spazio solo per quei poteri costringenti che incidono sulle relazioni etiche e che pertanto possiedono un'attitudine moralizzatrice, capace di costringere una società al cambiamento. La violenza non è un fenomeno naturale, una tendenza abituale dell'uomo a usare la forza fisica in modo brutale o irrazionale; tutte le metafore organiche, di cui è pieno il dibattito sul tema e che la rappresentano come un istinto vitale, la sottraggono irresponsabilmente alla sfera del sociale, rendendo impossibile un suo trattamento da parte della società stessa. Per criticare la violenza e discutere circa gli strumenti attraverso i quali rafforzarne la differenza rispetto al diritto, occorre sottrarla al dominio delle scienze naturali - biologia, etologia, zoologia, etc. - e ricondurla nel campo delle scienze sociali. In questa direzione, non si può prescindere dall'opera di W. Benjamin, a cui va riconosciuto il merito di avere vincolato la violenza ai rapporti etici e di averne fortemente osteggiato ogni tematizzazione in chiave naturalistica.

Riflettendo sulla storia del diritto, ed in particolar modo sulla fondazione violenta degli ordinamenti giuridici moderni (affermatasi a seguito di rivoluzioni, ribellioni, guerre civili, occupazioni militari, etc), Benjamin si rende conto che la violenza, che un tempo circolava liberamente nella società come mezzo teso al soddisfacimento *diretto* dei bisogni di singoli individui o di una minoranza, cessa improvvisamente di essere *terra nullius* per divenire monopolio del diritto moderno. Cosa rende necessaria o semplicemente favorisce quest'appropriazione? Più fattori: l'imprevedibilità della violenza; l'intensità delle sue manifestazioni; l'esigenza di opporle qualcosa che la tenga a freno. Infatti, muovendosi incontrollatamente, come semplice mezzo a disposizione di chiunque, senza limiti e senza sovrani, la violenza espone la collettività all'insostenibile imprevedibilità delle sue manifestazioni. Occorre pertanto intervenire, inventare una tecnica attraverso cui governare un aspetto sociale che dispone di una forza eccessiva, in eccesso, capace di annientare una società intera. Non si tratta di eliminare la violenza ma di controllarla, di incanalarla, di renderla in qualche modo prevedibile. È in risposta a questa esigenza che interviene il diritto, come tecnica di governo di ciò che sembra ingovernabile. Esso si appropria di tutta la violenza

di pretesa all'autorità almeno. Ed è soltanto in questa misura che un tale concetto può dar luogo a una critica”.

disponibile e la esercita in via esclusiva, nella forma dura dell'applicazione della legge o in quella più blanda della minaccia dell'attuazione del disposto normativo.

Questo non significa che, con l'avvento del diritto moderno, la violenza smette di circolare nella società e confluisce in uno spazio circoscritto. Al contrario, essa continua ad essere a disposizione del singolo e della massa, ma con varianti significative rispetto al passato: ogni ricorso non autorizzato ad essa costituisce esercizio illegittimo della stessa; di fronte all'esercizio illegittimo della violenza il singolo dispone di procedure istituzionalizzate che gli consentono di ottenere giustizia; per ogni tipo di violenza illegittima è prevista una sanzione specifica.

In definitiva, sebbene le azioni violente continuino ad essere imprevedibili, le conseguenze giuridiche a cui esse rinviano, invece, diventano sempre più prevedibili. Questa conquista in termini di governo/disciplina della violenza, emblematica del duro cammino della società verso livelli di civiltà sempre più alti, riposa però su un vuoto teorico abissale, di fronte al quale, oggi, nessun diritto coscienziioso si affaccia.

Monopolizzando la violenza e reprimendo ogni ricorso non autorizzato alla stessa da parte del singolo o di una comunità organizzata, il diritto moderno introduce sì la distinzione tra una violenza legittima (quella esercitata dal sistema giuridico a fini giuridici) ed una violenza illegittima (quella esercitata dal singolo o da un gruppo a fini naturali) e fornisce sì un valido criterio per giudicare dell'illegittimità della violenza (la non giuridicità dei suoi fini); ma sottrae frettolosamente il primo polo della distinzione ad un test di legittimità. Come giudicare, infatti, della legittimità della violenza legittima? Come qualificare cioè quella violenza che in quanto interna al diritto non può ricorrere a categorie giuridiche per qualificarsi e che dunque non può semplicemente essere chiamata legittima per risultare veramente legittima? Scrive Derrida, in *Forza di legge*:

Come distinguere fra la forza di legge di un potere legittimo e la presunta violenza originaria che ha instaurato questa autorità e che non poteva dunque avvalersi di alcuna legittimità precedente, così da non essere, in quel momento iniziale, né legale né illegale, o come qualcuno potrebbe dire in modo sommario né giusta né ingiusta?⁵⁹

⁵⁹ Jacques Derrida, *Force de Loi*, op. cit., p. 53.

Né la legalità, né la legittimità e neppure la giustizia stessa costituiscono criteri validi per giudicare la violenza legittima. Sostenere che la forza esercitata dal diritto è legittima perché proviene da un'autorità legittima, implica l'ingresso in una tautologia senza vie di fuga. Allora, come giudicare, come criticare?⁶⁰ È questo il dilemma da cui Benjamin parte ed è anche il punto in cui la sua critica della violenza si converte nella critica del diritto.

Per trattare il paradosso a cui introduce il gioco del diritto e della violenza, Benjamin parte da una distinzione basata sul tipo di funzione svolto dalla violenza: da un lato, pensa una violenza fondante che ha la funzione di porre nuovo diritto, dall'altro studia una violenza di mantenimento che serve al diritto per conservarsi.⁶¹ Tracciando la differenza tra un momento originario, in cui un nuovo ordine viene fondato, ed un momento successivo, nel quale il diritto posto diventa operativo, Benjamin crede di poter salvare, valutare positivamente, almeno uno degli usi che il sistema giuridico fa della violenza, quello dispositivo, che ha a che fare con la creazione di nuovo diritto. Di fatto, nell'istante in cui gli ordinamenti giuridici moderni nascono, quando ancora nessuna violenza si distingue da altra violenza, il ricorso alla forza estrema da parte del diritto - con il fine di curare le incontrollate manifestazioni di *vis absoluta* che affliggono la società - può essere giudicato positivamente. Si tratta di una violenza fondante, la quale diventa occasione per il diritto di istituirsi e di operare come *pharmakon* per i mali della società e che può perciò essere giustificata, a condizione che rompa definitivamente con la violenza. Per questa *vis* che pone, esiste un valido criterio di giudizio che è esterno al diritto e che coincide con il fine naturale di controllare la violenza. Ma, come governare la violenza e, al tempo stesso, starne lontano? W. Benjamin risponde a questa domanda in modo molto propositivo e concreto:

È in generale possibile la composizione non violenta di conflitti? Senza dubbio. I rapporti fra persone private ne offrono svariati esempi. L'accordo non violento ha luogo ovunque la cultura del cuore metta a disposizione degli uomini mezzi puri di intesa. A tutti i mezzi legali e illegali, che sono sempre violenza, è quindi lecito

⁶⁰ I verbi *giudicare* e *criticare* vengono qui utilizzati come sinonimi, conformemente all'interpretazione che J. Derrida dà del concetto benjaminiano di critica. Cfr. Jacques Derrida, *Force de Loi*, op. cit., p. 96: "Nel titolo *Zur Kritik der Gewalt*, «critica» non significa semplicemente valutazione negativa, rigetto o condanna legittima della violenza, ma giudizio, valutazione, esame che si dà i mezzi per i giudicare della violenza".

⁶¹ Cfr. Walter Benjamin, *Per la critica della violenza*, op. cit., p. 71.

opporre mezzi non violenti in quanto mezzi puri. Gentilezza d'animo, simpatia, amore della pace, fiducia e quanto ancora si potrebbe qui menzionare, costituiscono il loro presupposto soggettivo. La loro manifestazione oggettiva è invece determinata dalla legge [...] secondo cui i mezzi puri non sono mai mezzi di soluzioni immediate, ma sempre mediate.⁶²

La proposta non è utopica, ma il primo a non credere in essa è l'autore stesso. Gli eventi del primo ventennio del Novecento lo hanno disilluso. La storia gli ha raccontato una realtà differente. Egli ha visto coi propri occhi l'incapacità degli ordinamenti giuridici moderni di emanciparsi dalla spirale di forza dalla quale sono nati e di fare a meno di quella violenza conservativa, che li conserva legittimandosi e che si conserva legittima conservandoli.

Non dobbiamo dunque stupirci se l'autore, spinto da un comprensibile scetticismo, decida di rivoluzionare, a partire dalle ultime pagine del saggio, l'intera struttura dello stesso. Come avevamo anticipato nell'apertura di questo paragrafo, il discorso benjaminiano della critica è innanzitutto il discorso di qualcosa che improvvisamente si tramuta in altro, la storia di una differenza che perde la scommessa di mantenersi differente e che nel suo ritorno all'origine delle origini, a Dio, si annulla. Alla fine del testo, infatti, tutto subisce una metamorfosi: la distinzione tra diritto e violenza si converte in identità; la critica della seconda si traduce nella critica del primo; l'idea di un diritto come governo della violenza si converte nell'idea di un diritto che semplicemente domina attraverso la violenza; il divino si sostituisce al giuridico nel governo degli affari umani; la critica della violenza si traduce in un elogio della violenza.

4.4 Il discorso della legittimazione

Il discorso della legittimazione è il discorso del buon senso e della moderazione perché alla pericolosa identificazione del diritto con la violenza oppone una lettura analitica dell'universo giuridico che promuove la comprensione del diritto, della coercizione e della morale come fenomeni sociali distinti anche se connessi fra loro.⁶³ Nel distinguere il sistema giuridico dalle

⁶² Cfr. W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, op. cit., pp. 80-83.

⁶³ Cfr. Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1994, [1961] tr. it di Mario A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, p. XXIII. In questo senso, si

realtà che gli sono affini e che gli offrono supporto per il raggiungimento di determinati obiettivi, esso realizza un'operazione di chiarimento della struttura generale del pensiero giuridico anziché una critica del diritto o della politica legislativa⁶⁴ e avvia una contestuale azione di salvataggio e di difesa della legittimazione di un diritto, quello del secondo dopoguerra, che in virtù dei suoi aspetti violenti si era dimostrato incapace di fare e di essere la differenza.

Come ogni ordine del discorso, anche questo circola e si dà alla conoscenza attraverso le iniziali di uno dei suoi esponenti di rilievo. Pertanto, parlare del discorso della legittimazione o del discorso di H. L. A. Hart equivale, in parte, a dire la stessa cosa.⁶⁵ Esistono molti altri nomi autorevoli che potrebbero essere ricondotti a questo filone ma, ai nostri fini, che sono quelli di indagare il nesso che lega il diritto alla violenza e di ricercare le pratiche sociali che permettono di mantenere la differenza tra queste due realtà, la teoria hartiana gioca un ruolo essenziale. Essa ci permette di vedere come una diversa qualificazione degli elementi del diritto sia in grado di modificare il modo in cui una società percepisce e tratta il problema della violenza; e ci pone di fronte al dilemma se basti un uso corretto, o linguisticamente appropriato, della terminologia giuridica per liberarsi dello spettro della violenza.⁶⁶

Secondo Hart ciò che caratterizza il diritto in senso generico è il fatto che la sua esistenza implica la *non-facoltatività* di determinati tipi di condotta.⁶⁷ Questa caratteristica, apparentemente poco problematica, si rivela in realtà fonte di equivoci e animate discussioni tra i teorici del diritto, nel momento in cui occorre procedere alla qualificazione delle regole che orientano tali condotte.⁶⁸ Si può, infatti, sostenere, come fa Austin, che tali regole siano dei *comandi*, ossia degli

veda anche il lavoro di Juan R. De Paramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, p. 187, il quale sostiene che lo scopo fondamentale della teoria hartiana non consiste nella determinazione e precisazione di una definizione del diritto, bensì nell'individuazione e nell'analisi di quelle caratteristiche che lo differenziano dalla morale e dalla coercizione.

⁶⁴ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. XXIII.

⁶⁵ Ciò non significa che la teoria di Hart esaurisca il discorso della legittimazione, né che quest'ultimo resti senza voce prescindendo da Hart, ma solo che una parte consistente di questo discorso porta il nome del filosofo analitico inglese.

⁶⁶ Fondando l'ordinamento giuridico sulla norma di riconoscimento (di cui parleremo più avanti) e definendo le regole giuridiche come norme in luogo di comandi, Hart esclude che la violenza esercitata o minacciata dal diritto costituisca il mezzo di legittimazione dello stesso.

⁶⁷ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 9.

⁶⁸ Nell'accennare ai problemi aperti dalla differente definizione delle regole giuridiche, prenderemo in considerazione, per ragioni di economia del discorso, solo la qualificazione operata da Austin - e criticata da Hart - e quella elaborata da Hart stesso.

ordini impartiti sotto la minaccia della sanzione;⁶⁹ oppure distinguere, come fa Hart, tra *norme primarie* che obbligano i soggetti a tenere un determinato comportamento e che prevedono una sanzione in caso di disobbedienza, e *norme secondarie* che attribuiscono dei poteri e contemplano la nullità come conseguenza giuridica per i casi nei quali il soggetto non tenga la condotta prescritta.⁷⁰ Tale lavoro teorico di qualificazione e classificazione delle regole giuridiche che orientano l'agire non è privo di conseguenze sul piano pratico. Da esso dipendono la rappresentazione ufficiale del diritto, la percezione che una comunità ha dello stesso e il ventaglio delle possibili riforme. Infatti, sostenere che il diritto costituisce l'insieme degli ordini coercitivi dettati dal sovrano non produce gli stessi effetti pratici a cui conduce invece una idea del diritto come coacervo di norme primarie e secondarie. Nel primo caso, il potere illimitato, unico, unitario e non subordinato del sovrano,⁷¹ la cui volontà dispotica fissa il contenuto delle regole in modo del tutto arbitrario, induce una data comunità ad interrogarsi circa la ragionevolezza di un simile potere ed apre a proposte di riforma che possono riguardare tanto la posizione dei sudditi - in direzione di un ampliamento dei loro diritti - quanto la posizione del sovrano - in direzione di una limitazione del suo potere; nel secondo caso, invece, la descrizione dell'ordinamento giuridico a partire dal contenuto delle norme che lo compongono sposta l'attenzione verso questioni che non riguardano solo la struttura gerarchica

⁶⁹ Cfr. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000 [London, J. Murray, 1832], p. 13-15: "Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. [...] A command, then, is a signification of desire. But a command is distinguished from other signification of desire by this peculiarity: that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire. [...] The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed [...] is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience". Sull'ordine come elemento primario della legge nella teoria di Austin, si veda inoltre Henry Sumner Maine, *El derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas. Parte general*, Civitas, Madrid, 1993, p. 17.

⁷⁰ Questa distinzione tra due differenti tipi di norme costituisce un aspetto centrale della teoria hartiana, il cui scopo principale è quello di spiegare e chiarire in modo soddisfacente il funzionamento e la complessità dei moderni ordinamenti giuridici. In questo senso, si veda Juan R. De Paramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, op. cit., p. 211. Con stretto riguardo alla distinzione tra norme primarie e norme secondarie si veda invece lo stesso Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., pp. VIII, IX, p. 95.

⁷¹ Per potere illimitato, unico, unitario e non subordinato si intendono rispettivamente la assoluta libertà del sovrano di legiferare su qualsiasi materia senza essere sottoposto ad alcun dovere giuridico; l'assenza all'interno del medesimo ordinamento giuridico di un altro soggetto dotato degli stessi poteri; la concentrazione della sovranità in una persona o in un corpo di persone; la non subordinazione del potere sovrano al diritto. Per una ricostruzione del potere sovrano in questi termini, si veda Juan R. De Paramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, op. cit., pp. 147, 148.

del diritto, ma si estendono anche ai suoi enunciati, suggerendo così riforme più complesse, le quali possono tanto fare riferimento alla ripartizione del potere tra differenti organi, quanto arrivare a toccare tutti gli ambiti della sfera pubblica e privata regolati dal diritto.

Dunque, qualificare le regole giuridiche in un modo anziché in un altro - come norme, per esempio, in luogo di comandi - produce effetti concreti di grande portata e non solo in termini di percezione della realtà giuridica e di delimitazione del campo delle possibili riforme, ma anche e soprattutto in termini di legittimazione⁷² di un dato sistema giuridico. Infatti, è evidente, e non necessita di ulteriori chiarimenti, il fatto che la teoria imperativistica⁷³ di Austin, rappresentando il diritto come insieme di comandi impartiti dal sovrano,⁷⁴ dota il sistema di un grado di legittimazione indubbiamente minore rispetto a quello a cui provvede invece la teoria hartiana, dove la distinzione tra norme primarie e norme secondarie, limitando il ricorso alla sanzione solo ai casi di violazione delle prime, riduce la visibilità della componente violenta del diritto. In questo senso e dal nostro punto di vista, il pensiero di Hart interessa più per ciò che non dice e occulta intorno alla violenza che per ciò che teorizza. Se, infatti, esiste in esso una trattazione del tema, questa viene condotta in forma del tutto negativa.

Nel quinto capitolo di *The Concept of Law*, Hart sostiene che è riduttivo limitare il complesso fenomeno del diritto all'idea di un insieme di ordini sostenuti da minacce.⁷⁵ Questa descrizione che concepisce la forza come il mezzo attraverso cui il sistema giuridico assicura la sua operatività e pensa il cittadino

⁷² Credo che il concetto di legittimazione abbia subito, come ha scritto Eligio Resta (in *Stili cognitivi della legittimazione*, in *Sociologia del diritto*, n. 11, Franco Angeli, Milano, 1985, p. 57) un cambiamento di semantica tale per cui esso non rinvia più al complesso di strumenti di produzione della legittimità, bensì alla dimensione autofondativa dei meccanismi di potere.

⁷³ La teoria imperativistica del diritto, formulata da Hobbes nell'ambito della teoria del diritto inglese, vanta tra i suoi seguaci i filosofi e giuristi Jeremy Bentham e John Austin. Secondo questa concezione del diritto, la norma giuridica ha la struttura di un comando ed è espressione della volontà del sovrano. Per una trattazione dettagliata sul punto, si veda ancora una volta Juan R. De Paramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, op. cit., pp. 131-134.

⁷⁴ È importante precisare che la maggioranza degli imperativisti riconosce che nessun ordinamento giuridico si regge soltanto sul timore della sanzione. Austin, ad esempio, sostiene che, affinché ci si possa trovare in presenza di un ordinamento giuridico, è necessario che la generalità dei suoi membri condivida l'abitudine ad obbedire ai comandi di un sovrano comune e determinato. Ad ogni modo, per i sostenitori di questa teoria non è la generale attitudine all'obbedienza a costituire la caratteristica saliente del diritto, bensì il fatto che gli ordini possano essere fatti valere attraverso l'uso della forza. In questo senso, si veda Aldo Schiavello, *L'obbligo di obbedire al diritto*, consultabile on-line al seguente indirizzo:

<https://www.academia.edu/1887518/Lobbligodiobbedirealdiritto>, p. 18.

⁷⁵ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 95.

come un soggetto passivo, avvezzo all'obbedienza, non dice come qualificare quelle norme che, a differenza delle leggi penali (le quali vietano o impongono certe azioni sotto pena di sanzione), non contengono ordini coattivi, bensì conferiscono i poteri giuridici di giudicare e legiferare (poteri pubblici) o di creare o modificare dei rapporti giuridici (poteri privati).⁷⁶ Essa può essere rappresentativa della struttura sociale propria delle comunità primitive, ma risulta inidonea a riflettere l'organizzazione degli ordinamenti giuridici moderni dove la presenza di un potere legislativo, di tribunali e funzionari di qualsiasi tipo assicura la certezza delle norme, il loro mutamento in base a criteri e secondo forme prestabilite e l'efficace applicazione delle stesse.⁷⁷ Una comunità regolata solo da norme primarie, scrive Hart, non è dotata di un sistema; vive secondo una serie di separati criteri di condotta, privi di un elemento comune che permetta di riconoscerli come norme; è sprovvista di qualsiasi procedimento capace di chiarire i dubbi che possono sorgere in merito alla natura di tali criteri; non dispone di mezzi per adattare deliberatamente le norme alle mutevoli circostanze, abrogando quelle vecchie e desuete e introducendone nuove; e da ultimo, manca di un organo specializzato nell'accertamento della violazione di una data norma e nella risoluzione della relativa controversia che ne deriva. Una simile struttura sociale non può che essere fondata su norme *incerte, statiche ed inefficienti*.⁷⁸

Gli ordinamenti giuridici moderni, invece, dispongono di diversi rimedi (*remedies*) con i quali affrontano i problemi legati all'incertezza, alla staticità e all'inefficienza del complesso normativo. Hart chiama questi rimedi rispettivamente norma di riconoscimento, norma di mutamento e norma di giudizio: la prima assolve alla funzione di indicare quelle caratteristiche in presenza delle quali una norma può essere riconosciuta come tale; la seconda

⁷⁶ È bene rilevare che la distinzione tra norme primarie e norme secondarie, di cui Hart fa uso, non costituisce un aspetto originale del suo lavoro. Si tratta, infatti, di una classificazione generalizzata nell'ambito della teoria del diritto. Da Ihering ad Hart, essa è stata elaborata a partire da distinte angolazioni - temporale, funzionale, gerarchica, logica e strutturale - ed è stata espressa con una terminologia differente ma affine - norme di condotta e di organizzazione, norme di condotta e di struttura, norme di condotta e di competenza, norme che impongono obblighi e norme che attribuiscono poteri, norme sostanziali e norme procedurali, etc.. Così Juan R. De Paramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, op. cit., p. 216.

⁷⁷ Cfr. Juan R. De Paramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, op. cit., p. 216: “[...] el modelo conceptual de Hart utilizado para explicar la estructura de los Ordenamientos Jurídicos parte de la constatación de las deficiencias de una «estructura social simple», de un modelo de sociedad poco desarrollada en el que no existen instituciones y reglas capaces de identificar, modificar y hacer cumplir eficazmente el conjunto de normas que imponen obligaciones a los miembros del grupo social”.

⁷⁸ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 110, 111.

attribuisce a un individuo o a un gruppo di persone il potere di introdurre nuove norme primarie e di abrogare quelle antiche; la terza indica tanto le persone che devono giudicare qualora sorgano dei conflitti, quanto la procedura da seguire in questi casi.⁷⁹

La proposta di Hart si sostanzia, dunque, in una rappresentazione del diritto moderno alternativa a quella di Austin e, a giudizio del suo stesso autore, capace di riflettere la complessa macchina organizzativa che consente ai sistemi giuridici contemporanei di funzionare in modo efficace. Fondamento di questa teoria generale del diritto è la norma di riconoscimento: una norma ultima (*ultimate*), ossia dotata di validità giuridica intrinseca, autoesistente - che non dipende cioè da nessun'altra norma; e contenente differenti criteri, posti in ordine gerarchico, che fungono da indicatori della validità giuridica delle altre norme.⁸⁰ Ponendo questo elemento alla base del sistema giuridico, come cerniera dello stesso, il filosofo inglese si dissocia dall'idea austiniana secondo la quale «*the foundations of a legal system consist of the situation in which the majority of a social group habitually obey the orders backed by threats of the sovereign person or persons, who themselves habitually obey no one*».⁸¹

Ricapitolando brevemente, in modo da riavere sotto gli occhi i tasselli principali della teoria hartiana: il diritto non è un'istituzione coercitiva;⁸² è un fenomeno essenzialmente normativo, irriducibile a meccanismi psicologici o di comportamento; non può essere concepito come un complesso di norme tutte sanzionate o sanzionatorie, dato che queste, pur essendo indispensabili, costituiscono solo una parte del materiale normativo e svolgono una funzione sussidiaria;⁸³ le norme secondarie, di cui il diritto è altresì composto e che

⁷⁹ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 111-115.

⁸⁰ Così José Antonio Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 135-171.

⁸¹ Cfr. Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 100.

⁸² Così A. Marmor, *The Nature of Law*, in E. N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), consultabile al seguente indirizzo: <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>: “[...]there is the further question, concerning the relative importance of sanctions for the ability of law to fulfill its social functions. Hans Kelsen, for instance, maintained that the monopolization of violence in society, and the law's ability to impose its demands by violent means, is the most important of law's functions in society. Twentieth century legal Positivists, like H.L.A. Hart and Joseph Raz, deny this, maintaining that the coercive aspect of law is much more marginal than their predecessors assumed”.

⁸³ Si veda Anna Pintore, *A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto*, relazione tenuta in occasione del XVII Seminario italo-spagnolo-francese di

fungono da sostegno dell'intera impalcatura giuridica, non impartiscono ordini, bensì attribuiscono poteri e prevedono come conseguenza giuridica negativa la nullità e non la sanzione; quest'ultima è lo strumento che scoraggia l'azione proibita dalla norma, mentre la prima consiste semplicemente nel mancato riconoscimento giuridico di un determinato atto.⁸⁴

È difficile rimproverare Hart di ristrettezza degli orizzonti nella trattazione del fenomeno giuridico. Egli affronta tutti gli aspetti su cui una teoria generale del diritto può insistere: struttura dell'ordinamento; elementi essenziali del diritto; questione delle fonti, problema della validità, fondamento etc. È altresì difficile accusarlo di scarsa profondità dell'analisi come anche di radicalità delle posizioni. Infatti, nell'elaborare la propria rappresentazione del diritto, come scrive M. Cattaneo nell'introduzione all'edizione italiana di *The Concept of Law*, egli entra in dialogo con le principali correnti del pensiero giuridico moderno e contemporaneo (la filosofia analitica, il normativismo, il realismo americano, etc), e nella soluzione dei problemi teorici, pur apportando sempre un contributo originale, non abbandona mai la strada del buon senso e della moderazione.⁸⁵

Tuttavia, anche il buon senso e la moderazione hanno i loro lati oscuri, delle zone d'ombra dove la luce dell'analisi si fa fioca e lo spirito critico di un osservatore esterno si acuisce. Questi spazi a luce soffusa non sono né vuoti, né poco popolati. Al contrario, in essi si trova tutto ciò che viene messo da parte, marginalizzato, per permettere ad un discorso prudente e mite di mantenersi in piedi. Nella teoria hartiana del diritto, il problema della violenza si muove in questi spazi poco illuminati, al confine tra la chiarezza della luce e l'inaccessibilità del buio. Deve essere per questo modo ambiguo di affrontare la questione della violenza che l'opera di Hart ha dato vita a due interpretazioni contrastanti intorno al carattere coercitivo del sistema giuridico: da un lato, vi sono quei teorici, come Anna Pintore, i quali ritengono che il filosofo inglese non abbia mai messo in discussione la natura coercitiva del diritto e che ne abbia evitato la diretta

Teoria del diritto, presso l'università Carlos III di Madrid, nelle giornate del 21 e 22 di ottobre 2011, p. 7. Il testo è reperibile al seguente indirizzo:
http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/13948/rule_pintore_SHIF_2011.pdf?sequence=1
oppure disponibile sotto forma di articolo in *Sociologia del diritto*, Fascicolo 2, FrancoAngeli, Milano, 2011, pp. 7-26.

⁸⁴ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 34.

⁸⁵ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. XX

trattazione solo per ragioni di ovvietà della stessa;⁸⁶ dall'altro vi sono studiosi, come A. Marmor,⁸⁷ i quali ritengono, invece, che una delle costanti del pensiero hartiano sia il rifiuto espresso di un'interpretazione del diritto in chiave coercitiva.

Sebbene molti passaggi di *The Concept of Law* possano essere utilizzati a sostegno dell'una o dell'altra tesi, è certo che Hart non affronta direttamente il problema della violenza e che ogni ricostruzione del suo pensiero sul punto si espone a tutti i rischi del caso: provvisorietà; incoerenza; contraddittorietà; pericolo di smentita. L'aspetto coercitivo del diritto interessa il filosofo inglese nella misura in cui la sua marginalizzazione permette l'affermazione di una idea armoniosa del concetto di sistema giuridico.⁸⁸ Accantonare la coercizione

⁸⁶ Cfr. Anna Pintore, *A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto*, op. cit., p. 11: "È vero che Hart non incorpora in modo esplicito l'aspetto coercitivo nella sua controversa "definizione" del diritto come unione di norme primarie e secondarie. È altresì vero che in generale egli non tematizza espressamente l'aspetto coercitivo del diritto, e questo potrebbe essere considerato indicativo di un pensiero poco coerente. Io preferisco interpretare la sua parsimonia, almeno quanto a esplicite dichiarazioni di principio, come dovuta in parte alla convinzione di avere a che fare con un'ovvietà di senso comune, e in parte al desiderio di apparire il più possibile lontano da Austin, ma soprattutto da Kelsen".

⁸⁷ Cfr. A. Marmor, *The Nature of Law*, op. cit..

⁸⁸ La tesi del "contenuto minimo di diritto naturale" – formulata per la prima volta da Hart, in modo approssimativo, nel 1958, in *Positivism and the Separation of Law and Morals* (Herbert L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, 1958, pp. 593-629), e poi ripresa ed approfondita nel 1961, nel nono capitolo di *The concept of Law* (Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961) – è, forse, l'esempio più palese dello sforzo teorico che Hart compie nell'intento di "replicare alla tesi positivista secondo cui il diritto può avere qualsiasi contenuto" (così Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 232). In questo senso si vedano anche Mario Ricciardi, *Diritto e natura: H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Edizioni ETS, Collana: Jura. Temi e problemi del Diritto, Pisa, 2008; José Calvo González, *Recensión a M. Ricciardi, Diritto e natura: H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, Edizioni ETS (Collana Jura, Temi e problemi del Diritto), Pisa, 2008, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 24, junio 2011, pp. 260-266), ed essere descritto, pertanto, come un sistema sostanzialmente coercitivo. Esistono, scrive Hart, delle "verità ovvie" o "truismi" [*truisms*] (così Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 194) che sono, o dovrebbero essere, immediatamente evidenti a chiunque, dato che dipendono dalla natura umana. Tali verità o "universali giuridici" (così Benjamin Rivaya, *El enigma de la teoría del contenido mínimo del derecho natural*, in *Pensamiento Jurídico*, n. 16, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 23) sono la *vulnerabilità umana*, che vieta di uccidere o provocare lesioni; l'*uguaglianza approssimativa*, che rende necessario un sistema di regole e compromessi; l'*altruismo limitato*, che esige una limitazione dell'uso della forza; le *risorse limitate*, che favoriscono la nascita dell'istituto della proprietà e della conseguente libertà di scambiarla e trasferirla; la *comprensione e forza di volontà limitate*, che esigono la previsione di sanzioni a garanzia del comportamento corretto. Queste verità, che si traducono in esigenze giuridiche innate, costituiscono il contenuto minimo di ogni ordine giuridico e la loro evidenza riposa su una ragione altrettanto ovvia: il proposito minimo di sopravvivenza che gli uomini perseguono nell'associarsi (cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 225). "In mancanza di questo contenuto gli uomini, così come sono, non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma: e senza un minimo di cooperazione dato volontariamente da parte di coloro che ritengono nel loro interesse sottomettersi e conservare le norme, sarebbe impossibile la coercizione nei confronti di coloro che non si conformassero volontariamente" (così Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 225). Pertanto al diritto, nel suo contenuto minimo, spiega Hart, si obbedisce volontariamente, dove 'volontà' può essere intesa qui come sinonimo di ragione.

costituisce il passaggio obbligato per pensare l'ordinamento come unione equilibrata di norme primarie e secondarie, dove il *carattere regolativo del potere* di queste ultime funge da contrappeso del *carattere repressivo* delle prime.

Un'operazione discorsiva di questo tipo, che pretende di marcare la differenza tra il diritto e la coercizione limitandosi a mettere da parte l'aspetto coattivo e dando invece risalto alla struttura democratica degli ordinamenti giuridici moderni, occulta la violenza di questi ultimi e occultandola la dimentica; dimenticandola la sottrae all'analisi; sottraendola all'analisi si preclude ogni riflessione circa la sua trattabilità. Per tale ragione, ritengo che il lavoro di Hart non possa essere letto come un saggio di sociologia descrittiva, come l'autore stesso vorrebbe,⁸⁹ ma piuttosto come un discorso statico-ideale che negli spazi affermativi - dove si situa cioè la tematizzazione di determinati aspetti del diritto - ci racconta in parte come quest'ultimo è, mentre, negli spazi negativi - dove viene marginalizzata ed esclusa dalla trattazione diretta la componente coercitiva- ci dice in parte come il diritto dovrebbe essere (ossia *non violento*).⁹⁰

Non intendo offrire una lettura inedita di Hart, ma solo dar voce ad un discorso, quello sulla violenza, che tra le righe di *The Concept of Law* credo stesse preparando già la sua scrittura. L'intero saggio può essere letto come un tentativo di annullare gli aspetti violenti del diritto per mezzo di un cambio di terminologia nella descrizione dello stesso. Tutte le espressioni utilizzate da Austin per delineare la struttura del sistema giuridico, in ragione del loro richiamo diretto alla forza, vengono sostituite da Hart con altre più miti. Il comando diventa norma, l'ordine sostenuto da minacce viene presentato come obbligo giuridico e la sanzione viene qualificata come conseguenza giuridica negativa. Cambia il registro linguistico e cambia la definizione degli elementi costitutivi del diritto, ma la violenza scompare dal nuovo registro. Hart non la riprende, né col suo nome

Sebbene non sia questa la sede per aprire un dibattito approfondito sugli scenari teorico-giuridici verso cui proietta la tesi del contenuto minimo di diritto naturale, è bene chiedersi se l'idea di fondo che la caratterizza – l'esistenza di diritti umani innati – non sia, piuttosto, una presa di posizione teorica per riconoscere al diritto una base di consenso pacifico, seppur limitato ad una porzione minima del suo contenuto, anziché una descrizione *sic et simpliciter* dell'ordine giuridico.

⁸⁹ Cfr. Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p.XXIII.

⁹⁰ Circa il carattere statico-ideale del discorso hartiano e l'esigenza di descrivere il diritto non solo dalla prospettiva strutturale ma anche dal punto di vista operativo, si veda Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993; tr. it. di Luisa Avitabile, *Il diritto della società*, Giappichelli, 2012, p. 32: “Le strutture sono necessarie per il collegamento altamente selettivo tra operazioni, ma il diritto non ha la sua realtà in un'idealità stabile, ma solamente nelle operazioni che producono e riproducono il senso specifico del diritto”.

proprio né con altro che ne renda possibile la trattazione sotto mentite spoglie. Essa scompare per rendere possibile un mondo giuridico normalizzato dove gli opposti rischi dell'*élite* oppressiva e della *sheeplike society* sono marginali.⁹¹

Il grado di legittimazione del sistema giuridico che, operando in questi termini, si raggiunge, è altissimo ma il percorso per cui passa, da un punto di vista di ecologia della comunicazione, è discutibile, perché sacrifica aspetti vitali e tabù della sfera giuridica, al fine di rendere possibile un discorso unitario, monolitico e mono-tono.

4.5 Il discorso della differenza

Il discorso della differenza esprime l'impossibilità di un ragionamento unitario e progressivo, e sostituisce alla linearità del pensiero benjaminiano⁹² e di quello hartiano un andamento a salti, fatto di deviazioni e di tagli. Basato sull'idea del linguaggio come movimento e della scrittura come mezzo e corpo della differenza,⁹³ esso contempla il carattere dinamico e *differenziale*⁹⁴ della lingua; riconosce alla negatività un ruolo decisivo nella costruzione del concetto di presenza; e rompe con la vecchia tradizione filosofica occidentale, sostituendo ai concetti di unità, identità, presenza, permanenza, fondamento, struttura ed essenza, quelli più dinamici di pluralità, distinzione, cambiamento, contaminazione e separazione.⁹⁵

Anche per quest'ordine del discorso vale quanto detto con riferimento al discorso della legittimazione, ossia che esistono molte voci attraverso le quali esso risuona⁹⁶ ma che, ancora una volta e sempre in ragione dei nostri fini, solo una

⁹¹ Cfr. Anna Pintore, *A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto*, op. cit., p.12.

⁹² Sentir parlare di *linearità*, con riferimento al pensiero di Benjamin, può destare stupore. Per evitare malintesi, preciso che il termine rifugge qui dal suo senso comune ed assume una connotazione specifica, derivata dal suo uso nel campo della teoria dei sistemi, dove un problema è lineare qualora lo si possa scomporre in una serie di sotto-problemi indipendenti tra loro. Per un approfondimento sul punto si veda Paolo Magrassi, *Difendersi dalla complessità*, Franco Angeli, 2009, p. 29.

⁹³ Cfr. Maria Pia Telmon, *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, Jaca Book, Milano, 1997, p. 61.

⁹⁴ Cfr. Maria Pia Telmon, *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, op. cit., pp. 34, 35.

⁹⁵ Cfr. David Wood, Robert Bernasconi (ed.), *Derrida and Différance*, Northwestern University Press, Evanston, 1988, p. IX.

⁹⁶ *Ibidem*: "A Society of the Friends of Difference would have to include Heraclitus, Nietzsche, Saussure, Freud, Adorno, Heidegger, Levinas, Deleuze, and Lyotard among its most prominent members".

acquista qui rilevanza: quella derridiana, perché assume come suo oggetto privilegiato la relazione tra il diritto e la violenza. Nei *Prolegomeni*, che introducono la seconda parte del libro *Forza di legge*,⁹⁷ titulata *Nome di Benjamin* e interamente dedicata alla decifrazione del saggio *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida avvia la propria riflessione sulla violenza, attraverso una lettura che è innanzitutto ri-scrittura del testo benjaminiano. Per sottolineare il carattere personalissimo della propria interpretazione e mettere in guardia il lettore/uditore circa l'intento decostruttivo da cui la stessa muove, così scrive Derrida:

A torto o a ragione, mi è sembrato che forse non sarebbe stato del tutto inappropriato esaminare un testo di Walter Benjamin, in particolare un saggio scritto nel 1921 e intitolato *Zur Kritik der Gewalt* in apertura di un incontro su «Il nazismo e la “soluzione finale”. I limiti della rappresentazione». Ho dunque scelto di proporvi una lettura un pò arrischiata⁹⁸ di questo testo di Benjamin per più ragioni che sembrano incrociarsi.⁹⁹

E continua: “Come leggere questo testo secondo un gesto «decostruttore» che non sia [...] né heideggeriano né benjaminiano, ecco insomma la difficile e oscura questione che questa lettura vorrebbe azzardare”.¹⁰⁰ L'obiettivo del filosofo francese, qui solo in parte dichiarato, è quello di decostruire la complicazione del diritto e della violenza in un modo alternativo, in un modo cioè che superi la metafisica di cui restano prigionieri, a suo giudizio, tanto Heidegger¹⁰¹ quanto

⁹⁷ Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit..

⁹⁸ Corsivi miei.

⁹⁹ Cfr. Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 86.

¹⁰⁰ Cfr. Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 92.

¹⁰¹ Il riferimento ad Heidegger, la cui traccia si perde nelle pagine che seguono ai *Prolegomeni* e riappare poi a chiusura del libro, è dettato dall'esigenza di chiarire il contesto nel quale ha luogo la lettura di *Zur Kritik der Gewalt*. Come Derrida stesso ci informa, l'analisi del testo benjaminiano segue ad una riflessione sulla *psyche giudeo-tedesca* avviata nell'ambito di un seminario triennale, tenuto dal filosofo francese, su *Nazionalità e nazionalismi filosofici*, nel quale vengono studiate le convergenze tra i grandi pensatori ebrei tedeschi del XX secolo. «È in questo contesto», scrive Derrida, «che alcune affinità, limitate ma determinabili, fra il testo di Benjamin e alcuni testi di Carl Schmitt, ma anche di Heidegger, mi sono sembrate degne di essere esaminate seriamente. Non solo in ragione dell'ostilità verso la democrazia parlamentare, anzi verso la democrazia *tout court*; non solo in ragione dell'ostilità all'*Aufklärung*, di una certa interpretazione del *polemos*, della guerra, della violenza e del linguaggio, ma anche in ragione di una tematica della «distruzione» allora molto diffusa. Benché la *Destruktion* heideggeriana non si confonda con il concetto della «distruzione» che fu anche al centro del pensiero benjaminiano, ci si può chiedere cosa significhi, cosa prepara o anticipa fra le due guerre una tematica così ossessionante, tanto più che in entrambi i casi questa distruzione vuole anche essere la condizione di una tradizione e di una memoria autentica». Cfr. Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., pp. 90, 91.

Benjamin.¹⁰² Se la relazione che intercorre tra il diritto e la violenza è, come abbiamo più volte ribadito, paradossale, se cioè il diritto è quell'ordine che nasce come sostituto della violenza e, al tempo stesso, si presenta come l'istituzione detentrica del monopolio della forza/violenza, allora nessuna metafisica può fare di questa relazione il suo oggetto. Per la sua struttura epistemologica, ancorata all'idea di essere nelle sue diverse declinazioni - essenza, presenza, identità e verità -, la metafisica manca di strumenti adeguati per studiare quel movimento che in un'unica azione produce simultaneamente i poli dell'opposizione diritto-violenza e li tiene uniti differendone il *polemos*.¹⁰³ Questo movimento, che dalla violenza porta al diritto e viceversa, generando sconvenienti ambivalenze, implica, nella produzione della differenza, una separazione spazio-temporale, un taglio a cui seguono una *dislocazione* ed un *differimento*. Esso cioè non solo genera e mantiene, col suo andirivieni, la differenza tra il diritto e la violenza, ma altresì colloca i poli della distinzione in un dato spazio e in un dato tempo, permettendo una transizione regolamentata¹⁰⁴ da un capo all'altro della stessa. Grazie a questa oscillazione regolare e regolamentata, il tempo e lo spazio della violenza non si confondono mai con il tempo e lo spazio del diritto. Questo non

¹⁰² Pur restando fortemente attratto dal pensiero heideggeriano durante tutto il corso della propria carriera, Derrida rimprovera costantemente al filosofo di Meßkirch l'orizzonte metafisico di fronte al quale si affaccia la sua speculazione. In questo senso, si veda Walter A. Brogan, *The Original Difference*, in David Wood, Robert Bernasconi (ed.), *Derrida and Différance*, Northwestern University Press, Evanston, IL, 1988, p. 31: “*The central criticism that Derrida levies against Heidegger's philosophy is that it remains entrapped within the horizon of metaphysics it attempts to surpass. And this is so because Heidegger formulates his own thinking in relation to and always in comparison with metaphysics*”.

¹⁰³ Circa l'incompatibilità dei presupposti metafisici con il motivo della *différance* si veda Jacques Derrida, *La différance*, in *Margini della filosofia*, tr. it. di Manlio Iofrida, Einaudi, Torino, 1997, pp. 43, 44.

¹⁰⁴ Per transizione regolamentata intendo l'idea secondo la quale ciascun polo della differenza, una volta che la stessa sia stata tracciata, può oltrepassare i propri confini e situarsi, per periodi più o meno ampi, nel polo opposto, ma solo secondo oscillazioni vincolate, soggette cioè ad una regolamentazione determinata. L'esempio dello sciopero generale, a cui ricorrono tanto Benjamin, quanto Derrida (seppure per ragioni e con finalità differenti), può servire a chiarire questo punto: la violenza legittima, che si esercita attraverso lo sciopero generale (legittima in quanto prevista e concessa dall'ordinamento giuridico stesso), può oltrepassare i confini della legittimità e convertirsi in violenza illegittima. In questo caso, di fronte allo sconfinamento, il sistema giuridico non resta inerte. Esso dispone di norme che fungono da guida per il ripristino dei confini.

Il problema della transizione da una parte all'altra della distinzione è in realtà più complesso, dato che non tutti gli sconfinamenti sono previsti o prevedibili dal sistema. Tuttavia, neppure nei casi imprevisti o imprevedibili, il sistema giuridico resta passivo. Esso reagisce sempre al superamento del confine con una normativa di ripristino dello stesso. E il fatto che, nei casi di specie, la normativa in questione anziché preesistere allo sconfinamento, sorga in ragione dello stesso, quale normativa d'urgenza, non esclude mai la sussistenza di una regolamentazione. Infatti, il principio secondo il quale il sistema giuridico interviene nei casi di disordine e decide con gli strumenti di emergenza di cui dispone, è già una regolamentazione, seppur blanda.

significa che non siano possibili “invasioni di campo”, ma solo che eventuali sconfinamenti, in quanto regolamentati, possono essere intercettati e trattati.

Poiché l'analisi di questo movimento richiede, in ragione della sua complessità, un linguaggio, una scrittura ed una pratica adeguati,¹⁰⁵ Derrida conia il termine *différance*: un neologismo capace di descrivere una realtà per la quale il linguaggio, allo stato attuale, non offre un nome. *Différance*, dunque, nel pensiero decostruttivo derridiano, è innanzitutto un elemento nuovo del linguaggio, ma anche una pratica discorsiva che si insinua nella scrittura (suo medium privilegiato) per marcare la differenza della differenza e sconfessare così quella tradizione ontometafisica che, partendo dall'identità della differenza, non ha saputo far dialogare la fenomenologia dell'evidenza con la fenomenologia della temporalità. *Différance* è, cioè, la differenza che si osserva, che riflette su se stessa e che nel tempo necessario all'auto-osservazione differisce da sé - dall'essere presente a se medesima - superando il passato e proiettandosi nel futuro. Di questa *non presenza a sé originaria*, propria dei meccanismi riflessivi, si nutre il movimento della *différance*, che, nel suo continuo rinvio ad altro, mal convive con presunte realtà ultime ed assolute come il fondamento, il principio o l'origine.¹⁰⁶ Scrive Andrea Potestio, in *La decostruzione come operazione testuale*:

La *différance* non può essere originaria perché se divenisse tale, si costituirebbe come origine, come punto di partenza pieno e presente negando così la sua natura sfuggente che si caratterizza per essere possibile solo come un rimando a una presenza solo possibile, potenziale. Il movimento della *différance* mostra la decostruzione sempre in atto e costituisce la condizione di possibilità di ogni struttura o codice come quello linguistico che si forma storicamente come un tessuto di differenze.¹⁰⁷

¹⁰⁵ In questo senso, si veda Maria Pia Telmon, *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, op. cit., p. 68.

¹⁰⁶ Derrida cerca di mostrare come «tutti i nomi del fondamento, del principio o del centro hanno sempre designato l'invariante di una presenza (*eidos*, *arché*, *telos*, *energeia*, *ousia* [essenza, esistenza, sostanza, soggetto] *aletheia*, trascendentalità, coscienza, Dio, uomo, ecc.)». Cfr. Jacques Derrida, *L'écriture et la différence*, Éditions du Seuil, Paris, 1967, tr. it. di Gianni Pozzi, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino, 2002 [1971], pp. 360, 361.

¹⁰⁷ Vedi Andrea Potestio, *La decostruzione come operazione testuale*, in Paolo D'Alessandro e Andrea Potestio (a cura di), *Su Jacques Derrida. Scrittura filosofica e pratica di decostruzione*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2008, pp. 144, 145.

Il passo citato mette in luce la questione che più di tutte ha guidato il pensiero derridiano nella costruzione della *différance*. Si tratta del problema dell'origine, o più precisamente, della *complicazione originaria* dell'origine, della *contaminazione iniziale* del semplice,¹⁰⁸ dello *scarto inaugurale* che nessuna analisi può presentare nel suo fenomeno o ridurre alla puntualità istantanea, identica a sé, dell'elemento.¹⁰⁹ «Tutto comincia con la diade»¹¹⁰, scrive Derrida in *La disseminazione*, e tutto si conserva, aggiungerei io senza il timore di leggere male il testo da cui questa citazione proviene, per mezzo della diade. La differenza è dunque originaria; essa costituisce la struttura del linguaggio, ossia di ciò attraverso cui facciamo esperienza del mondo;¹¹¹ preclude ogni ingresso al *primum*; e rende impraticabile un'uscita dal meccanismo differenziale.¹¹² Quale sia il movimento che erige la struttura bipolare del linguaggio e, allo stesso tempo, la irrobustisce, ci viene spiegato molto chiaramente nel passo che segue:

Ciò che si scrive *différance* sarà dunque il movimento di gioco che «produce», per mezzo di quello che non è semplicemente un'attività, queste differenze, questi effetti di differenza. Ciò non vuol dire che la *différance* che produce le differenze sia prima di esse, in un presente semplice e in sé immodificato, in-differente. La *différance* è l'«origine» non-piena, non-semplificata, l'origine strutturata e differente [*différant*] delle differenze. Il nome di «origine» non le si confà più.¹¹³

L'espressione *origine strutturata e differente delle differenze*, applicata al tema del diritto e della violenza, rimanda all'idea secondo la quale ciò che minaccia il

¹⁰⁸ Il tema della *differenza* appare per la prima volta nell'opera derridiana sotto la voce *contaminazione originaria*. Solo successivamente, quest'ultima formulazione cede il passo alla prima. Come ha sottolineato Maria Pia Telmon, il passaggio da un concetto all'altro è graduale e comporta delle perdite. Con esso, infatti, l'attenzione ai testi dei più grandi pensatori dialettici viene meno (Hegel e Husserl) e l'interesse si sposta verso i veri e propri pensatori della differenza (Nietzsche, Lévinas, Freud, Heidegger, e certamente sempre e ancora Hegel). In questo senso, si veda Maria Pia Telmon, *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, op. cit., p. 15.

¹⁰⁹ Cfr. Jacques Derrida, *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl*, Jaca Book, Milano, 1992, p. 51.

¹¹⁰ Così Jacques Derrida, *La disseminazione*, tr. it. di M. Odorici e S. Petrosino, Jaca Book, Milano, 1989, p. 67.

¹¹¹ Circa l'idea secondo la quale l'esperienza del mondo non sia diretta, bensì mediata dal linguaggio, si veda Gianni Vattimo, *Le avventure della differenza*, Garzanti, Milano, 2001 [1980], p. 31: “[...] ogni esperienza del mondo è *mediata* dal linguaggio, è prima di tutto evento linguistico, è discorso, dialogo di domanda e risposta”.

¹¹² Cfr. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984; tr. it. di Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 261: “Alla filosofia trascendentale incentrata sul soggetto, egli sostituisce una semiologia incentrata sulla differenza, capace di ispirare sottili analisi dell'intreccio fra presenza ed assenza, come quelle svolte da Derrida”.

¹¹³ Jacques Derrida, *La différance*, op. cit., p. 39.

diritto e che gli si oppone, ossia la violenza fondatrice, si trova in un rapporto strettissimo con il diritto stesso, cioè, da un lato, ne fa parte perché è capace di modificarlo e di presentarsi come *avente diritto al diritto*,¹¹⁴ dall'altro, si situa nel suo spazio esterno poiché gli fa resistenza e ne intenta il rovesciamento. L'esempio dello sciopero generale, a cui Derrida ricorre per spiegare questo punto, fornisce una preziosa chiave di lettura. Ai lavoratori subordinati, che aspirano ad un miglioramento delle proprie condizioni lavorative, il sistema, da un lato, riconosce il diritto di sospendere collettivamente l'attività svolta sì da indurre il datore di lavoro a rivedere il contratto di assunzione; dall'altro, imputa un abuso di diritto quando, nell'esercizio dello stesso, si origina una situazione rivoluzionaria in cui la lotta per la fondazione di un nuovo ordine oltrepassa i limiti fissati dal diritto vigente.¹¹⁵ Quest'esempio, che mostra come il movimento della *différance* metta in crisi la staticità della distinzione benjaminiana tra *violenza che fonda* e *violenza che conserva*, esclude l'esistenza di una opposizione rigorosa tra fondazione e conservazione, in quanto l'una si presenta come struttura e differimento dell'altra. Ogni *posizione*, infatti, ha sempre luogo sulle macerie di un vecchio ordine in assenza del quale la violenza fondatrice non avrebbe ragion d'essere e la *conservazione* è sempre conservazione, mantenimento, ripetizione di un ordine nuovo, il quale non andrebbe alla ricerca di un mezzo forte come la violenza per assicurarsi consenso e rispetto, qualora potesse pensarsi sin dal principio come legittimo.¹¹⁶ Scrive Derrida:

[...] non si ha più fondazione pura o posizione pura del diritto, dunque pura violenza fondatrice, come non si ha violenza puramente conservatrice. La posizione è già iterabilità, appello alla ripetizione autoconservatrice. La conservazione è a sua volta anche ri-fondatrice per poter conservare ciò che pretende di fondare. Non c'è dunque opposizione rigorosa fra la posizione e la conservazione, solo ciò che chiamerò (e che Benjamin non nomina) una «contaminazione *différentielle*» fra le due, con tutti i paradossi che ciò può comportare. [...] La decostruzione è anche il pensiero di

¹¹⁴ Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 101.

¹¹⁵ Così Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 101.

¹¹⁶ In questo senso si veda Hector Ariel Lugo, *Derecho, violencia y justicia. ¿Tres formas diferentes de pensar la política o una sola?*, in *Konvergencias, Filosofía y Culturas en Diálogo*, n. 20, Año VI, Mayo 2009, pp. 90, 91, disponibile on-line al seguente indirizzo: <http://www.konvergencias.net/hectoralugo213.pdf>.

questa contaminazione *différentielle* - il pensiero preso nella necessità di questa contaminazione.¹¹⁷

Cosa sia esattamente la contaminazione *différentielle*, il filosofo francese lo ha già spiegato in una conferenza del 27 gennaio 1968, pronunciata dinanzi alla Società francese di filosofia e simultaneamente pubblicata nel *Bulletin de la société française de philosophie* (luglio-settembre 1968) e in *Théorie d'ensemble* (Paris, 1968) con il titolo di *La différence*. Si tratta di un *calcolo economico*, di una economia del linguaggio e del pensiero, la quale, applicata al tema in esame, obbliga il diritto tanto ad un *tener in conto* la violenza esterna, quanto ad un *tenere il conto* della violenza interna.¹¹⁸ Chiamo entrambe queste implicazioni *prese di coscienza* perché ambedue permettono una cognizione profonda del problema della violenza: la prima, il *tenere in conto*, evita che nella riflessione teorico-filosofica passi inosservato un aspetto rilevante della pratica giuridica, ossia quello di valutare la violenza, di riconoscerle un valore, ai fini di un giudizio sulla sua trattabilità; la seconda, il *tenere il conto*, assicura, invece, da un punto di vista pratico-politico, il controllo della forza della risposta giuridica, la quale in quanto differita, non scompare dal diritto ma, al contrario, ne costituisce una parte ineliminabile seppur riducibile.¹¹⁹ Questa duplicità del contare – conto come valore materiale o morale e conto come calcolo – sottrae la *différance*, e le differenze che si originano dal suo movimento, a qualsiasi rappresentazione ontologica o teologica dato che, nel tempo necessario a valutare le manifestazioni di violenza e a dosare la forza della risposta giuridica, ritarda sempre il presente della violenza e la rapporta a qualcosa di altro da sé. Nel ritardo della presenza e nella relazione costante con altro da sé, il movimento della *différance* provoca la distruzione dell'Essere, sia esso immanente o trascendente, ed erige sulle sue macerie il regno della differenza come diversità differita e differente.¹²⁰ Dentro questo nuovo impero, fatto di sentieri che si biforcano, non c'è spazio per l'onto-teologia, non c'è spazio per Dio, per quel Dio che firma la critica benjaminiana della violenza e da cui Derrida prende le distanze.

¹¹⁷ Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 106, 107.

¹¹⁸ Jacques Derrida, *La différence*, op. cit., p. 34.

¹¹⁹ Riducibile nella sua differibilità.

¹²⁰ Cfr. Jacques Derrida, *La différence*, op. cit., p. 50: «Ovunque, è il predominio dell'ente che la *différance* viene a sollecitare, nel senso in cui *solliciter* significa, nel latino antico, far vacillare nel suo insieme, far tremare nella sua totalità. È la determinazione dell'essere come presenza o come enticità che è dunque interrogata dal pensiero della *différance*».

Dicendo dunque addio o arrivederci a Benjamin, gli lascio tuttavia l'ultima parola. Lascio che firmi, se almeno può farlo. Occorre sempre che l'altro firmi ed è sempre l'altro che firma per ultimo. In altre parole per primo. [...] Ma chi firma? È Dio, il Tutt'Altro, come sempre. La violenza divina avrà preceduto ma anche *dato* tutti i nomi. Dio è il nome di questa violenza pura - e giusta per essenza: non ce ne sono altre, non ce n'è alcuna prima di essa, e davanti alla quale essa debba giustificarsi. Autorità, giustizia, potere e violenza sono un tutt'uno in lui. Firma sempre l'altro, ecco cosa firma forse questo saggio.¹²¹

Nel dire dunque addio a Benjamin e alla onto-teologia che firma *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida prende congedo da indifferenziazioni insopportabili, che, dietro la presunta 'purezza' o 'giustizia per essenza' della loro statica unità, celano una violenza estrema: la sovranità assoluta, il non dover dar conto, il non doversi 'giustificare' né di altro, né di fronte ad altro.

¹²¹ Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., pp. 133, 134.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Capitolo II

Der Prozeß e la metafora della violenza che pone il diritto

1. La questione dell'origine del diritto moderno nella letteratura kafkiana – 1.1 La letteratura come indiscrezione – 1.2 L'eterno sviamento del significato – 1.3 La costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario – 1.4 La ricerca del vero e l'accesso ad un mondo informe, privo di distinzioni – 1.5 La lettura derridiana di *Vor dem Gesetz* e la storia dell'origine della legge – 1.6 I limiti della lettura derridiana. La parabola dispiegata in *Der Prozeß* e la storia dell'origine del diritto moderno – 2. La voracità della “stirpe degli arconti” – 2.1 Il ruolo dei funzionari nel romanzo e la presunta profezia dei regimi totalitari – 2.2 *Il processo* e la sua profonda intuizione intorno alla genesi del diritto moderno: il carattere immaginario della stessa – 2.3 Il potere esplicativo delle immagini – 2.4 Della vista interna – 2.5 La dialettica circolare che investe K. e i funzionari de *Il processo* – 2.6 La rottura della dialettica circolare per mezzo della violenza e il processo di fondazione del diritto moderno – 2.7 La tecnica del rovesciamento e il viaggio, in senso inverso, nella storia del diritto moderno, alla ricerca della verità originaria – 3. Geometrie curve – 3.1 Il simbolismo del corpo legato al rituale giudiziario – 3.2 Il rovesciamento del simbolismo del corpo in *Der Prozeß* e l'incurvamento della silhouette dell'accusato – 3.3 La geometria curvilinea e la rappresentazione del rapporto dell'uomo con il diritto moderno, al momento della fondazione – 3.4 La tensione creata dalla linea curva e la sua insuperabilità – 4. Seduti davanti alla Legge, a contemplare la violenza dell'origine – 4.1 Della contemplazione che precede il pensiero – 4.2 Il volto ibrido della Legge – 4.3 *Der Prozeß*: una memoria dell'origine violenta del diritto moderno

1. La questione dell'origine del diritto moderno nella letteratura kafkiana

1.1 La letteratura come indiscrezione

Se c'è una cosa che si desume con chiarezza dalle *Conversazioni*¹²² di Kafka con il giovane Janouch¹²³ è la ferma volontà del primo nell'escludere ogni interpretazione in chiave autobiografica dei propri testi. Quando, durante una passeggiata per l'Altstädter Ring, Janouch, con l'entusiasmo di chi ha appena fatto una scoperta, confessa all'amico che il nome del protagonista de *La Metamorfosi*, Samsa, suona come un crittogramma di Kafka, questi lo interrompe. Samsa non è una trasfigurazione letteraria del suo autore e *La Metamorfosi* non è una “confessione” (*Bekenntnis*).¹²⁴ Si tratta piuttosto, dice Kafka, di una “indiscrezione” (*Indiskretion*).¹²⁵

Mi chiedo in cosa l'indiscrezione differisca dalla confessione e, soprattutto, perché Kafka senta il bisogno di sottolineare questa differenza, con decisione, come se, il giudicare la sua opera rivelatoria, costituisse un'offesa imperdonabile.

Confessare significa ammettere una colpa, riconoscere la trasgressione di una norma. Chi confessa soffre sempre una lesione, che può investire diverse sfere, come l'onore, la dignità, la reputazione personale, ecc.. Confessando ci si costringe alla verità, o, più precisamente, si dice una verità per interrompere la ricerca di quella verità ultima, che, in quanto tale, si sottrae alla conoscenza. Nella confessione, ci si fa carico di una colpa per liberarsi del peso e della responsabilità che essa comporta. Una volta resa, il male è espiato e l'anima è guarita. Colui che ci si è costretto rinasce come uomo nuovo, libero dalla vergogna e senza macchia

¹²² Gustav Janouch, *Gespräche mit Kafka. Aufzeichnungen und Erinnerungen*, Fischer Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1968; tr. it. di Maria Grazia Galli, *Conversazioni con Kafka*, Ugo Guanda, Parma, 2005 [1991].

¹²³ Janouch conosce Kafka a Praga, verso la fine del marzo 1920. L'incontro è organizzato dal padre del giovane, un impiegato presso l'Istituto di Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, dove lo stesso Kafka presta servizio come direttore dell'ufficio legale. Le conversazioni con l'autore praghese vengono trascritte da Janouch quasi subito e confermate da Max Brod. Pertanto, le informazioni ivi contenute si considerano attendibili, pur trattandosi, come ha ricordato Blanchot, di colloqui intrapresi con un giovane di diciassette anni, che sicuramente hanno indotto Kafka ad addolcire i propri pensieri, al fine di non renderli pericolosi per un'anima ancora pura. Ciò non significa che Kafka non sia stato sincero con Janouch, bensì che non lo sia stato sino in fondo. Cfr. Maurice Blanchot, *De Kafka à Kafka*, Gallimard, Paris, 1981; tr. it. di Roberta Ferrara, Diana Grange Fiori, Giorgio Patrizi, L. Prato Caruso, Giulia Urso, Gabriella Zanobetti, *Da Kafka a Kafka*, Feltrinelli, Milano, 1983, p. 73.

¹²⁴ Si veda Gustav Janouch, *Conversazioni con Kafka*, op. cit., p. 38

¹²⁵ *Ibidem*.

di peccato. Con essa, iniziano il cammino di ritorno al Padre, la riconciliazione e il perdono, ma si interrompono la ricerca di Dio, la decifrabilità del mistero e il bisogno di verità.

Ora, a giudicare dalla copiosa eredità che Kafka ci ha trasmesso – romanzi, racconti, diari, lettere, schizzi, aforismi, note sparse – questa ricerca della verità¹²⁶ non sembra essersi mai interrotta e, pertanto, credere che egli si sia servito proprio dell'indiscrezione¹²⁷ per mantenere la ricerca del vero sempre aperta, come se, neppure alla sua morte, si dovesse smettere di cercare, non è inverosimile.

1.2 L'eterno sviamento del significato

La scrittura indiscreta assume, in Kafka, il valore di una ricerca incessante della verità originaria, finalizzata alla salvezza. Per questo, dice Citati, essa si presenta come un flusso inarrestabile, che possiede la qualità indefinita e ininterrotta dell'acqua, e si traduce in una navigazione tra masse liquide che si confondono nell'unità dell'oceano.¹²⁸

Il fare letteratura diventa uno dei tanti modi, il più importante per Kafka, attraverso cui raggiungere la salvezza.¹²⁹ “Se non mi salvo con un lavoro”, appunta nei suoi Diari, con data 28 luglio 1914, “sono perduto”.¹³⁰

La scrittura, dunque, è un' impegno e la pratica costante e diligente dello scrivere è la conseguenza di una preoccupazione ossessiva per la realizzazione di quest'impegno.¹³¹ Kafka non smette di scrivere perché non smette di cercare la

¹²⁶ Circa l'aspirazione alla verità, in Kafka e altri autori della sua cerchia, come Max Brod, si veda Bianca Maria Bornmann, *Motivo e metafora nell'opera di Kafka*, Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma, 1985, pp. 15-19.

¹²⁷ Indiscrezione è parola dai molteplici significati: uno di questi è l'assenza del senso della misura, della moderazione; un altro è l'assenza di tatto; un altro ancora è l'incapacità di mantenere un segreto; un quarto è l'assenza di discernimento (separazione) e retto giudizio. Quest'ultima accezione, a cui sembra rifarsi Kafka, è quella originaria. Risalente al tardo latino, essa indica esattamente l'assenza di *discretio* (distinzione) tipica del mondo originario, pre-razionale, la quale compromette la possibilità di giudicare rettamente e costringe, pertanto, alla ricerca di un giusto criterio di giudizio. Cfr. *Oxford Latin Dictionary*, edited by P. G. W. Glare, Oxford University Press, New York, 2005 [1992], voce *discretio -onis*.

¹²⁸ Cfr. Pietro Citati, *Kafka*, Adelphi, Milano, 2007, p. 67.

¹²⁹ La preoccupazione della salvezza è in Kafka immensa, e passa, in un primo momento, attraverso la letteratura, con cui si confonde senza tuttavia perdersi. Cfr. Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 73.

¹³⁰ Così Blanchot citando Kafka, in Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 78.

¹³¹ Cfr. Gilles Deleuze, Félix Guattari, *Kafka. Pour une littérature mineure*, Les Editions de Minuit, Paris, 1975; tr. it. di Alessandro Serra, *Kafka. Per una letteratura minore*, Quodlibet, Macerata, 2010 [1996], p. 31.

verità. Senza di essa, come ha confidato una volta ad un suo collega, l'ordine è solo *nuda violenza*, una gabbia, che prima o poi si spezza.¹³²

Da qui, il suo rapporto duplice e conflittuale con il tempo: da un lato, un tempo finito – il suo – diviso tra l'esigenza di consacrare ogni istante al lavoro letterario e l'impiego presso l'ufficio legale dell'istituto assicurativo che rende la scrittura quasi impossibile; dall'altro, un tempo infinito – quello dell'opera – scandito dall'angoscia dell'incompiutezza e dal bisogno della stessa.¹³³

La scrittura è un imperativo e come tale richiede e divora il tempo, per potersi realizzare. Nel caso di Kafka, però, quest'imperativo è carico di una intensità tale che neppure tutto il tempo a disposizione sembra essere sufficiente. Occorre sempre più tempo, al punto che il dormire, il mangiare e il lavoro da impiegato si trasformano in demoni, la cui missione è quella di sottrarre energia all'unica attività umana votata alla salvezza, la letteratura. Come ha scritto Blanchot, è il tempo la vera Terra Promessa, la dimensione in cui soggiornano il popolo eletto e il suo Dio.¹³⁴ Pertanto, nell'indisponibilità di questa risorsa, si consumano tanto il sogno di una patria quanto la speranza della redenzione.

Ora, la scrittura, poiché si dà nel tempo e si ciba di esso, incorpora questo sogno e questa speranza. Però per tenerli vivi, deve confondersi con il tempo, assimilarne la struttura e seguirne il flusso, un flusso che è ineluttabile e senza fine. Deriva da ciò un rapporto travagliato tra scrittura e tempo, che si traduce nell'autore praghese nell'impossibilità di condurre a termine la propria opera, la quale resta, perché deve restarvi, incompiuta.¹³⁵

Deve essere apparso chiaro a Kafka, sin dal principio, che una letteratura, votata alla ricerca della verità originaria, non possa realizzarsi come confessione, come pensiero che dice il vero, perché se l'opera letteraria fosse capace di rinunciare alla *fictio* e di offrirsi al lettore quale rappresentazione puntuale del mondo esterno, quale dichiarazione di una verità preconfezionata, nessuna ricerca avrebbe luogo e, pertanto, nessuna salvezza sarebbe possibile. Ma, allora, come deve pensarsi questa letteratura, per assolvere il compito a cui è stata innalzata?

¹³² Cfr. Gustav Janouch, *Conversazioni con Kafka*, op. cit., p. 140.

¹³³ Per un'analisi più approfondita circa il rapporto di Kafka con il tempo, si veda Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., pp.75-77.

¹³⁴ Cfr. Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 77.

¹³⁵ Non c'è fine nell'opera kafkiana perché non c'è possibilità di farla finita con la luce, con il senso delle cose, con il sogno e la speranza. In questo senso si vedano: Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 54; Gabriele Scaramuzza (a cura di), *Walter Benjamin lettore di Kafka*; Unicopli, Milano, 1994, pp. 14,15.

Come “indiscrezione”,¹³⁶ dice Kafka, come sconveniente rivelazione di cose riservate. La parola, composta dal prefisso *in-* e dal sostantivo *discretiònem* (retto criterio), deriva dal tardo latino e indica non solo una rivelazione di realtà segrete ma anche e soprattutto uno svelamento condotto in assenza di un ‘giusto criterio’. Dunque, dubbio e pertanto sconveniente.

Raccontare in modo indiscreto significa addentrarsi in un mistero, penetrarlo e al tempo stesso, fare esperienza della potenza del suo segreto. Potremmo dire che la letteratura kafkiana cominci con una curiosità o una domanda – che è lo stesso –, proceda per tentativi di risposta e si scontri poi con l’impotenza a rivelare. Essa vorrebbe divenire rivelazione ma l’assenza di un ‘giusto criterio’ glielo impedisce e rende ogni sua conclusione illegittima.¹³⁷ Così si condanna alla ricerca perpetua e all’‘infinita significanza’.¹³⁸ L’utilizzo di figure retoriche, come le metafore, cariche di un potenziale infinitamente interpretabile, non la aiuta. Rinunciando al linguaggio comune, in favore di uno figurato,¹³⁹ essa si spoglia, infatti, del potere di dirigere il senso della propria opera e si auto-infligge il castigo dello sviamento, la via infinita. La vera via, dice Kafka, quella che conduce alla verità e alla salvezza, attraversa una corda che non è tesa in alto ma rasoterra. Non è destinata ad essere percorsa, ma a far inciampare.¹⁴⁰ Non è esattamente una via, la chiamiamo così, ma, in realtà si tratta di un indugiare, di un attardarsi nel testo e di fronte al testo. Senza criterio, o più esattamente, senza un criterio interpretativo valido, il nucleo semantico dell’opera si disperde, sino a perdersi del tutto e l’opera stessa raggiunge un punto limite, dove fa esperienza dell’impossibilità a rivelarsi in modo definitivo e del suo essere nient’altro che indiscrezione, svelamento sospetto, metafora inesauribile.

¹³⁶ Cfr. Gustav Janouch, *Conversazioni con Kafka*, op. cit., p. 38.

¹³⁷ Cfr. Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., pp. 9-47.

¹³⁸ Di infinita significanza (*Sinnesfülle*) parla Corriero rinviando al testo di Scholem, *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, Marietti, Genova, 1986, p. 96. Cfr. Emilio Carlo Corriero, *Le 'segnature' di Kafka*, in Ferruccio Masini, *Franz Kafka. La metamorfosi del significato*, op. cit., p. 22.

¹³⁹ Il linguaggio kafkiano, a differenza del linguaggio comune, scrive Blanchot, è fatto d’inquietudine. La sua materia è poco solida e la sua posizione è poco stabile. Con esso nasce l’immagine che non designa direttamente la cosa ma ciò che la cosa non è. Cfr. Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., pp. 30, 31.

¹⁴⁰ Franz Kafka, *Betrachtungen über Sünde, Leid, Hoffnung und den wahren Weg*, in Franz Kafka *Hochzeitsvorbereitungen auf dem Lande und andere Prosa aus dem Nachlaß*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1983, p. 30; tr. it. di Italo A. Chiusano, *Considerazioni sul peccato. Il dolore, la speranza e la vera via [1917-1918]*, in Franz Kafka, *Confessioni e diari*, a cura di Ervino Pocar, Mondadori, Milano, 2013 [1972], p. 793.

1.3 La costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario

Del ruolo della metafora nella letteratura kafkiana si è abbondantemente discusso,¹⁴¹ al punto da soffocare con i commenti quello che lo stesso Kafka ha scritto e che mi pare opportuno qui riferire:

*Von den Gleichnissen*¹⁴²

Viele beklagen sich, daß die Worte der Weisen immer wieder nur Gleichnisse seien, aber unverwendbar im täglichen Leben, und nur dieses allein haben wir. Wenn der Weise sagt: »Gehe hinüber«, so meint er nicht, daß man auf die andere Seite hinübergehen solle, was man immerhin noch leisten könnte, wenn das Ergebnis des Weges wert wäre, sondern er meint irgendein sagenhaftes Drüben, etwas, das wir nicht kennen, das auch von ihm nicht näher zu bezeichnen ist und das uns also hier gar nichts helfen kann. Alle diese Gleichnisse wollen eigentlich nur sagen, daß das Unfaßbare unfaßbar ist, und das haben wir gewußt. Aber das, womit wir uns jeden Tag abmühen, sind andere Dinge.

Darauf sagte einer: »Warum wehrt ihr euch? Würdet ihr den Gleichnissen folgen, dann wäret ihr selbst Gleichnisse geworden und damit schon der täglichen Mühe frei.«

Ein anderer sagte: »Ich wette, daß auch das ein Gleichnis ist.«

Der erste sagte: »Du hast gewonnen.«

Der zweite sagte: »Aber leider nur im Gleichnis.«

Der erste sagte: »Nein, in Wirklichkeit; im Gleichnis¹⁴³ hast du verloren.«¹⁴⁴

¹⁴¹ Si vedano, in particolare, gli studi di Günther Anders, *Kafka pro und contra. Die Prozeß-Unterlagen*, C. H. Beck, München, 1951, tr. it. di Paola Gnani e Stefania Dalena, *Kafka pro e contro. I documenti del processo*, Quodlibet, Macerata, 2006; Roman Karst, *Kafka und die Metapher*, in *Literatur und Kritik*, 179/180, pp. 472-480, 1983; Bianca Maria Bornmann, *Motivo e metafora nell'opera di Kafka*, Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma, 1985; Maria R. Franzoi del Dot, *Franz Kafka: nella metafora kafkiana il processo alla parola*, Lalli, Poggibonsi, 1990; Sussman, Henry, *Franz Kafka: geometrician of metaphor*, Coda Press, Madison (Wis.), 1979; Kurt J. Fickert, *The Window Metaphor in Kafka's "Trial"*, Monatshefte, 1966, pp. 345-352; Stanley Corngold, *Metaphor and Chiasmus in Kafka*, Newsletter of The Kafka Society of America 2, 1981.

¹⁴² *Von den Gleichnissen* è uno dei racconti brevi, conservati e pubblicati da Max Brod dopo la morte di Kafka, in *Beschreibung eines Kampfes: Novellen, Skizzen, Aphorismen aus dem Nachlaß* (Heinr. Mercy Sohn, Prague, 1936). Il testo, scritto presumibilmente tra ottobre e dicembre del 1922, e citato qui dall'edizione curata da Paul Raabe (Franz Kafka, *Sämtliche Erzählungen*, Fischer, Frankfurt am Main, November 1972 [1970], p. 359) non reca, nel manoscritto originale, alcun titolo. Quello con cui compare tanto nell'edizione curata da Brod, quanto in quelle successive, che ad essa fanno riferimento, è stato voluto e scelto da Brod stesso.

¹⁴³ La parola *Gleichnis*, che compare ben otto volte nel testo, è stata oggetto di diverse traduzioni. Comunemente intesa e frequentemente tradotta come 'parabola' (si vedano, ad esempio: Willa Muir, in *On Parables*, by Franz Kafka, *The Complete Stories*, Ed. Nahum N. Glatzer, New York: Schocken, 1971, p. 457; Walter Weiss, *Von den Gleichnissen [Kafka-Musil; 1986]*, in Ders.:

Sono diverse le cose che Kafka cerca di dire con questo frammento e su cui vorrei riflettere, senza con ciò presumere di esaurire il potenziale semantico del testo. Il primo aspetto concerne l'inutilizzabilità delle metafore nella vita quotidiana. C'è una differenza, sembra dire Kafka, tra il linguaggio metaforico-allusivo dei "saggi" e il linguaggio ordinario, una differenza strutturale che rende inutili le metafore nella "vita di ogni giorno" e indispensabili, invece, nel discorso letterario. In quanto ponti immaginari tra un universo di significato noto e un'al di là, un "dall'altra parte" da costruire, le metafore non si basano sul possesso, categoria che regola le relazioni nel mondo sensibile, bensì sulla sospensione. Sfidano ripetutamente la referenzialità del linguaggio ordinario e pur non distruggendola, la tengono sospesa, praticando sperimentazioni di senso che si traducono in un superamento del significato proprio delle parole. È chiaro che

Annäherungen an die Literature (wissenschaft), vol 2, Stuttgart, 1995, pp. 267-277; Michael Wood, *Kafka's China and the Parable of Parables*, in *Philosophy and Literature*, 20.2, 1996, pp. 325-37; Charles Bernheimer, *Crossing Over: Kafka's Metatextual Parable*, in *Flaubert and Kafka: Studies in Psychopoetic Structure*, Yale UP, New Haven, 1982, pp. 44-55; Stanley Corngold, *The Dialect of Minor Literature*, in *Lambent Traces*, Princeton UP, Princeton, 2008, pp. 142-157), ha favorito, in questa accezione, una lettura del racconto in chiave religiosa. Ad essa si sono opposti autori come Ingrid Strohschneider-Kohrs e Rüdiger Zymner (Ingrid Strohschneider-Kohrs, *Erzähllogik und Verstehensprozeß in Kafkas Gleichnis 'Von den Gleichnissen'*, in *Probleme des Erzählens in der Weltliteratur: Festschrift für Käte Hamburger*, Fritz Martini, Stuttgart: Klett, 1971, pp. 303-29; Rüdiger Zymner, *Uneigentlichkeit: Studien zu Semantik und Geschichte der Parabel*, Paderborn, Schöningh, 1991), i quali hanno messo in discussione l'opportunità di tradurre *Gleichnis* con 'parabola', dato il chiaro rinvio della parola ad un genere letterario determinato. Anche nelle edizioni italiane de *I racconti*, i curatori si sono divisi: Ervino Pocar (in Franz Kafka, *I racconti*, Mondadori, Verona, 1970, p.508) traduce con 'similitudine', mentre Giulio Schiavoni (in Franz Kafka, *I racconti*, BUR, Milano, 2008, p. 476,477) ricorre al termine 'metafora'. Tuttavia, come ha precisato Michael Eugen in *Reading Kafka's Mind: Categories, Schemas, Metaphors* (UC Berkeley Electronic Theses and Dissertations, 2010, pp. 24, 25 e p.18, consultabile al seguente indirizzo: <https://escholarship.org/uc/item/6h65d2dq>) la parola *Gleichnis* può essere tradotta con immagine, similitudine, metafora, figura retorica, parabola, allegoria, enigma e analogia, ma, nel caso di specie, tradurre con 'metafora' appare preferibile poiché, questo sostantivo, a differenza degli altri, implica quella connessione tra universi, un al di qua e un al di là, a cui Kafka stesso fa riferimento nel racconto.

¹⁴⁴ [Delle metafore]

Molti si lamentano del fatto che le parole dei saggi siano sempre e soltanto delle metafore, che restano inutilizzabili nella vita di ogni giorno, l'unica che possediamo. Quando il saggio dice: «Vai oltre», non intende dire che si debba passare dall'altra parte, cosa che si potrebbe anche fare, qualora ne valesse la pena; egli intende invece qualche favoloso «di là», qualcosa che noi non conosciamo, che neppure lui può indicare con maggiore chiarezza, e che qui perciò non ci è di alcun aiuto. In fondo, tutte queste metafore non vogliono dire altro se non che l'inconcepibile è inconcepibile, e questo lo sapevamo già. Ma, ciò con cui lottiamo ogni giorno è tutt'altra storia.

A questo punto uno disse: «Perché vi difendete? Se seguiste le metafore, diverreste voi stessi delle metafore e vi liberereste così dell'affanno di ogni giorno».

Un altro disse: «Scommetto che anche questa è una metafora!».

Il primo rispose: «Hai vinto».

Il secondo disse: «Ma purtroppo soltanto nella metafora».

Il primo replicò: «No, nella realtà; nella metafora hai perso»].

nella routine quotidiana, le metafore non sono di alcun aiuto, dato che le acrobazie semantiche a cui costringono complicano la comunicazione interpersonale, che deve essere agile ed immediata. L'ordinario richiede ovvietà, certezze, oggettività. La letteratura, invece, vive di immaginazione. Per questo, si dedica a condurre la realtà ordinaria sino al suo punto limite, per scoprire se lì, sulla linea di confine, si può vedere altro. Come ha scritto Bruner, la grande narrativa letteraria osserva il familiare e l'ordinario in modo inconsueto e, creando con la fantasia mondi alternativi, getta sul mondo reale una nuova luce.¹⁴⁵

Il secondo aspetto concerne ciò che si chiama il “di là” – il dall'altra parte. Di cosa si tratta? E da cosa si differenzia questo *dall'altra parte* che sembra presupporre un *da questa parte*? Kafka ce lo presenta come qualcosa che l'uomo comune non conosce e che neppure il saggio sa indicare con maggiore precisione. Si tratterebbe di uno spazio ignoto – ma, non sappiamo neppure se sia corretto parlare di spazio – che comincia al limite del mondo noto. Secondo l'interpretazione di Masini, il “di là” rinvia ad un altro piano del linguaggio, dove i referenti reali della parole sono esterni al mondo sensibile e dove, pertanto, il significato di ciò che viene detto o narrato “non è risolvibile nell'insieme della parole”.¹⁴⁶ Il poeta, che si muove in questa dimensione linguistica, scrive in via allusiva (*andeutungsweise*).¹⁴⁷ Non indica le cose in modo preciso e puntuale, ma le lascia trapelare in via indiretta o nascosta. Utilizza figure semantiche il cui valore non è dato nelle parole che le compongono, bensì nello scarto tra queste e quelle che il lettore percepisce mentalmente al di là di esse, in un continuo superamento del testo scritto.¹⁴⁸

Il terzo aspetto concerne l'impossibilità di svelare l'ignoto. Scrive Kafka: “In fondo, tutte queste metafore non vogliono dire altro se non che l'inconcepibile è inconcepibile [...]”. Interpretando letteralmente questo passaggio, ne deduciamo l'incapacità delle metafore di rivelare i misteri, di gettare cioè un ponte reale tra il mondo sensibile, da questa parte, ed il mondo extra-sensibile, dall'altra parte. Probabilmente, è esattamente a quest'incapacità che pensa Kafka quando, in un altro racconto, parla di un ponte gettato sopra un abisso, un ponte non ancora

¹⁴⁵ Così Jerome Bruner, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Laterza, Bari, 2006 [2002], p. 11.

¹⁴⁶ Cfr. Ferruccio Masini, *Franz Kafka. La metamorfosi del significato*, op. cit., pp. 140, 141.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 142.

registrato nelle carte topografiche e che frana non appena qualcuno cerca di attraversarlo.¹⁴⁹ Le metafore non sono ponti ma visioni di ponti. Solo nell'immaginazione letteraria, disegnano vie di comunicazione tra noto e ignoto. Quando vengono risolte in una verità extra-letteraria precipitano. Per questo, il secondo protagonista del racconto ha vinto nella realtà e perso nel linguaggio metaforico-allusivo, perchè non ha risolto la metafora del primo, si è limitato ad indicarla, sottraendosi alla ricerca del suo significato.

Il quarto aspetto concerne la contaminazione del linguaggio metaforico. Secondo Kafka, la scrittura in via allusiva è sempre contaminata dall'immanenza delle cose. Essa, infatti, esprime un senso figurato solo a partire da un senso proprio, di cui non può fare a meno e di cui si serve per fare il suo salto nell'infinitamente interpretabile.¹⁵⁰ Però più che di un salto vero proprio, si tratta di un rimbalzo, perché la dimensione immaginaria, in cui il nuovo significato prende forma, respinge indietro il suo prodotto, lo rimanda cioè nella dimensione reale, dove, questo, cessando di presentarsi come mera proposta di senso, si dà come significato storicamente determinato. Ne deriva una scrittura divisa tra due mondi: da un lato, quello reale, denotativo, delle cose; dall'altro, quello immaginario, connotativo, delle figure o proposte di senso. I “saggi” che utilizzano questa scrittura allusiva si trovano nell'impossibilità di divenire loro stessi metafore e di farla finita con l'“affanno di ogni giorno”. Sembra questa la conclusione a cui giunge Kafka. Una conclusione così avvilente, che lo porta a scrivere, nei suoi *Diari*, in data 6 dicembre 1921: “Le metafore sono una delle tante cose che mi fanno disperare dei miei scritti. La mancanza di indipendenza nello scrivere, il dipendere dalla fantesca che accende la stufa, dal gatto che vi si scalda, persino dal povero vecchio che si scalda. Tutte queste sono funzioni

¹⁴⁹ Cfr. Franz Kafka, *Il ponte*, in *Il messaggio dell'imperatore*, tr. it. di A. Rho, Torino, 1952, p. 42.

¹⁵⁰ Cfr. César Chesneau Du Marsais, *Des tropes ou des différens sens. Dans lesquels on peut prendre un même mot dans une même Langue. Ouvrage utile pour l'intelligence des Auteurs, et qui peut servir d'introduction à la Rhétorique et à la logique*; Tournachon-Molin, Lyon, 1804, pp. 110, 111, disponibile in versione digitalizzata al seguente indirizzo <https://archive.org/stream/destropesoudesd00marsgoog#page/n121/mode/2up>: “La métaphore est une figure par laquelle on transporte, pour ainsi dire, la signification propre d'un nom à un autre signification qui ne lui convient qu'en vertu d'une comparaison qui est dans l'esprit. Un mot pris dans un sens métaphorique, perd sa signification propre, et en prend une nouvelle qui ne se présente à l'esprit que par la comparaison que l'on fait entre le sens propre de ce mot, et ce qu'on lui compare [...]”.

autonome come leggi proprie, soltanto lo scrivere è imbarazzato, non risiede in se stesso, è spasso e disperazione”.¹⁵¹

Il quinto aspetto concerne la ricerca di una metafora originaria, una metafora che rompa con il senso proprio e si presenti solo come immagine senza la cosa immaginata, come figura senza un rinvio a ciò che è figurato, come visione senza gli oggetti visti. La costruzione di questa metafora è, per Kafka, un modo per prolungare l'attesa, per continuare a sperare nella rivelazione senza che alcuna rivelazione abbia luogo. Scrivere utilizzando un linguaggio metaforico originario significa, infatti, creare un universo alternativo a quello logico-razionale in cui tutto è già rivelato o, perlomeno, facilmente deducibile mediante procedimenti inferenziali regolati da leggi o principi predeterminati. Nella scrittura allusiva originaria, invece, l'assenza di una legge che detti un ordine, ostacola la rivelazione del significato; al punto che quest'ultimo, per via della sua incapacità congenita a svelarsi, sembra quasi non esistere. In ragione di ciò, l'opera kafkiana è stata ripetutamente inclusa nella letteratura dell'assurdo. Ma, come ha spiegato, Masini, l'assurdo di cui si è tanto parlato, con riferimento all'opera di Kafka, è l'altra faccia dell'ovvietà e dell'evidenza.¹⁵²

1.4 La ricerca del vero e l'accesso ad un mondo informe, privo di distinzioni

Queste osservazioni ci riportano al punto dal quale eravamo partiti, l'idea secondo cui la letteratura è, per Kafka, indiscrezione, ovvero rivelazione ambigua, confidenza sospetta e inopportuna, perché fatta in assenza di un criterio di discernimento. Infatti, muovendosi in una dimensione 'originaria' dal punto di vista

¹⁵¹ Franz Kafka, *Diari* (1910-1923), tr. it. di E. Pocar, Mondadori, Milano 1964, vol. II, p. 202.

¹⁵² Cfr. Ferruccio Masini, *Franz Kafka. La metamorfosi del significato*, op. cit., p. 143. Tra le posizioni di coloro che, come Masini, rifiutano di ricondurre l'opera di Kafka alla letteratura dell'assurdo, si veda, in particolar modo, quella di Blanchot, per la sua visione olistica e l'alto potenziale esplicativo: “Il suo pensiero [quello di Kafka] non può trovar riposo sul piano della generalità; ma benché talvolta si lamenti della sua follia e del suo isolamento, non è neppure l'assoluta solitudine, dal momento che parla di questa solitudine; non è il non senso, perché ha il non senso per senso; non è fuori legge, perché questo esilio che già la riconcilia è la sua legge. Si può dire dell'assurdo, che vorremmo adottare come canone di questo pensiero, ciò che lui stesso dice del popolo dei millepiedi: «Cerca solo di farti capire dal millepiedi. Il giorno che gli avrai fatto afferrare la domanda cerca lo scopo di quel loro gran trafficare, avrai sterminato la razza del millepiedi». Nel momento in cui il pensiero incontra l'assurdo, quest'incontro significa la fine dell'assurdo”, così Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., pp. 50, 51.

ontologico o temporale e 'originale' dal punto di vista assiologico,¹⁵³ essa produce una realtà indistinta, in cui è difficile differenziare, ad esempio, Gregorio Samsa dallo scarafaggio in cui si è trasformato o il signor Rotpeter dallo scimpanzé che era un tempo. In questa letteratura, così come Kafka la vuole e la realizza, la metamorfosi del significato è costante e simultanea, al punto che è difficile identificare il momento in cui la trasformazione avviene. Anzi, si può dire che questo momento non esista affatto, visto che tutto è destinato a confluire in una sola materia – l'uomo e l'animale in una sola carne, la salvezza e la perdizione in una sola opera, la legge e lo stato di eccezione in un solo diritto. Scrive Calasso:

Kafka parla di *un mondo precedente a ogni separazione e denominazione*. Non è un mondo sacro o divino, né un mondo abbandonato dal sacro o dal divino. È un mondo che deve ancora riconoscerli, *distinguerli* dal resto. O che non sa più riconoscerli, *distinguerli* dal resto. C'è una sola compagine, che è solo potenza. Il bene nella sua pienezza, ma anche il male nella sua pienezza vi sono compenetrati. L'oggetto di cui Kafka scrive è la massa della potenza, ancora non dissociata, sceverata nei suoi elementi. È il corpo informe di Vrta, che trattiene le acque, prima che Indra lo trapassi con la folgore.¹⁵⁴

Non credo che Kafka parli della potenza, o quantomeno, se ne parla, non credo lo faccia coscientemente. Non credo neppure che abbia scelto deliberatamente di occuparsi di un “mondo precedente ad ogni separazione e denominazione”. Piuttosto, penso che, nell'intraprendere un viaggio alla ricerca della verità originaria, si sia ritrovato dinanzi un simile mondo, dalla cui materia indistinta ha ricavato un'opera letteraria altrettanto indistinta sul piano del significato. Il fatto che quest'accesso ad un mondo informe sia avvenuto in modo casuale e che ad esso sia seguita, involontariamente, una produzione letteraria ambigua, spiegherebbe le contraddizioni di Kafka in ordine alla propria scrittura: da un lato, scrive con assiduità, credendo di poter raggiungere quella verità che lo ha spinto a

¹⁵³ Riprendo le idee di *originarietà* e *originalità* da Derrida (Jacques Derrida, *Le problème de la genèse dans la philosophie de Husserl*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990; tr. it. di Vincenzo Costa, *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl*, Jaca Book, Milano, 1992, pp. 58,59), che le utilizza per declinare il concetto di genesi nella filosofia husserliana. Credo che si possano traslare nel contesto letterario kafkiano come coordinate della dimensione primordiale in cui si sviluppa la sua scrittura metaforico-allusiva.

¹⁵⁴ Roberto Calasso, *K*, Adelphi, Milano, 2005, p.16.

cominciare; dall'altro, rilegge i suoi testi e non potendo fare a meno di vedere il deserto che li popola, decide di lasciarli incompiuti.

Tuttavia, pur non essendo voluto, l'accesso al mondo informe, a cui conduce la ricerca della verità originaria, rappresenta per Kafka una via di non ritorno. Una volta dentro, non è più possibile uscire. La letteratura ne resta prigioniera. Comincia a muoversi nell'indifferenziato, a nutrirsi di esso, sino a riprodurlo nei propri testi. Così l'assenza di un criterio di distinzione, che caratterizza il mondo amorfo con cui Kafka si scontra, si ripercuote sulla letteratura, condannandola ad essere nient'altro che indiscrezione, mancanza di discernimento, o come ha scritto Blanchot, testimonio dell'oscurità primordiale.¹⁵⁵ Contemplando questa assenza, che è assenza della *legge prima*,¹⁵⁶ si comprendono meglio molti degli aspetti della letteratura kafkiana sui quali ci siamo soffermati in apertura di questo paragrafo. Non solo l'incapacità della letteratura di essere qualcosa di diverso dall'indiscrezione, ma anche l'impossibilità di arrestare la perenne metamorfosi del significato, la conseguente irrealizzabilità della rivelazione e l'inutilizzabilità del linguaggio metaforico nella vita di ogni giorno. Insisto su quest'assenza perché è su di essa che Kafka edifica quelli che saranno poi i temi giuridicamente rilevanti di alcune sue opere, ed in particolare de *Il processo*,¹⁵⁷ la cui analisi ci

¹⁵⁵ Nel soffermarsi sul significato che assume l'oscurità del nome nell'opera kafkiana, Blanchot parla di un espediente letterario attraverso cui sorge la 'significazione'. Secondo la sua ricostruzione, che qui condividiamo con l'unica riserva del carattere volontario del rifiuto di nominare, la soppressione del senso del nome e la consequenziale impossibilità di attribuire un significato determinato ad un significante incerto, fanno spazio alla 'significazione', cioè alla possibilità stessa di significare, al puro potere di dare senso. Si veda Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 33: "Quand'essa [la letteratura] rifiuta di nominare, quando rende il nome oscuro, insignificante, testimone dell'oscurità primordiale, ciò che qui è scomparso – il senso del nome – è del tutto distrutto, ma al suo posto è sorta la significazione, il senso dell'insignificanza intarsiata nella parola come espressione dell'oscurità dell'esistenza, in modo che, se il senso preciso dei termini s'è spento, s'afferma ora la possibilità stessa di significare, il puro potere di dare senso, strana luce impersonale".

¹⁵⁶ Kafka non esplicita mai il significato di ciò che ho chiamato *la legge prima*, né la tematizza in modo diretto. Ne *Il processo*, in *Davanti alla legge* o in *La questione delle leggi*, si occupa senza sosta dell'assenza di questa legge, ma la tratta appunto come un'assenza. Non ci dice né cos'è né da dove viene. Ad esplicitarne il senso è, invece, Derrida (*Préjugés. Devant la loi*, in Jacques Derrida, Vincent Descombes, Garbis Kortian, Philippe Lacoue-Labarthe, Jean François Lyotard, Jean-Luc Nancy, *La faculté de juger*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1985; tr. it. di Francesco Garritano, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, Abramo, Catanzaro, 1996, p. 61, 62) che, presentandola come il *criterio del giudizio*, ci fa vedere come l'assenza di questo criterio si traduca, in Kafka, in un dilemma sul come giudicare, come discernere.

¹⁵⁷ Franz Kafka, *Der Prozess. Roman*, Verlag die Schmiede, Berlin, 1925; tr. it. di Anita Raja (condotta sull'edizione critica Franz Kafka, *Der Prozess*, in der Fassung der Handschrift, hrsg. von Malcolm Pasley, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1990), *Il Processo*, Feltrinelli, Milano, 2014 [1995]. Il romanzo, che Kafka lasciò incompiuto, venne pubblicato nel 1925, a cura dell'amico Brod, ma, come si apprende dai *Diari*, fu scritto tra l'agosto del 1914 e l'ottobre del 1915.

vede qui impegnati: l'origine del diritto moderno e la violenza del momento fondante.¹⁵⁸ Tra l'altro, è intorno a quest'assenza che gravita la lettura derridiana¹⁵⁹ di *Davanti alla Legge*,¹⁶⁰ a cui ora daremo spazio per diverse ragioni. Innanzitutto, perché, pur incentrandosi su un singolo frammento de *Il processo*, essa individua e sviluppa un tema, quello della ricerca dell'origine della legge,¹⁶¹ che, lungi dal costituire un sotto-tema del romanzo, ne rappresenta in realtà, la questione chiave, seppur con sottili aggiustamenti. In secondo luogo, perché apre un varco per una lettura filosofico-giuridica del testo, mettendo da parte le dominanti interpretazioni teologiche¹⁶² e materialistico-dialettiche.¹⁶³

1.5 La lettura derridiana di *Vor dem Gesetz* e la storia dell'origine della legge

Secondo Derrida, consegnando alle stampe *Vor dem Gesetz*,¹⁶⁴ Kafka ha voluto rendere pubblica una storia dell'origine della legge,¹⁶⁵ una storia genealogica di

¹⁵⁸ Non intendo esaminare l'intera opera di Kafka da una prospettiva filosofico-giuridica. Piuttosto, intendo svolgere alcune considerazioni su un singolo testo, *Il Processo*, da cui il tema dell'origine del diritto moderno emerge con chiarezza e, in rapporto al quale, la questione del diritto e della violenza ne risulta illuminata.

¹⁵⁹ Jacques Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, op. cit..

¹⁶⁰ *Vor dem Gesetz*, pubblicato quando Kafka è ancora in vita, appare per la prima volta sul settimanale ebraico indipendente *Selbstwehr*. Poi, nel 1919, viene inserito nella raccolta *Ein Landarzt* (Un medico di campagna). Nel 1925, da ultimo, compare nel capitolo XIX de *Il Processo*.

¹⁶¹ Cfr. Jacques Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, op. cit., p. 76: "Non si può essere alle prese con la legge, la legge delle leggi, da vicino o da lontano, senza domandar(si) dove essa ha precisamente luogo e da dove viene. [...] La domanda e la ricerca sono ineluttabili, in altre parole l'itinerario in vista del luogo e dell'origine della legge".

¹⁶² Cfr. Max Brod, *Franz Kafka. Eine Biographie*, Fischer, Frankfurt am Main, 1963 [1954]; Max Brod, *Franz Kafkas Glauben und Lehre*, in M. Brod, *Über Franz Kafka*, Fischer, Frankfurt am Main, 1977 [1966]; W. Haas, *Franz Kafkas Glaube*, in *Das Tagebuch*, X, 24, Berlin, 15-6-1929, col. 994 sg.; Hans-Joachim Schoeps, *Die geistige Gestalt Franz Kafkas*, in *Die christliche Welt*, XLIII, 16, Gotha, 17-8-1929, col. 761-771; Hans-Joachim Schoeps, *Das verlorene Gesetz: Zur religiösen Existenz Franz Kafkas*, in *Der Morgen*, X, 2, Berlin, 5-1934, pp. 71-75; Hans-Joachim Schoeps, *Theologische Motive in der Dichtung Franz Kafkas*, in *Neue Rundschau*, 62, 1951, pp. 21-37; tr. it di E. Pocar, *Motivi teologici nell'opera di Kafka*, in Aa. Vv., *Introduzione a Kafka*, Il Saggiatore, Milano, 1974, pp. 134-151; Julius H. Schoeps, *Una contesa su Kafka e sull'ebraismo. Il rapporto tra Max Brod e Hans-Joachim Schoeps 1929-1952*, in A. Pasinato (a cura di), *Praga. Mito e Letteratura* (1900-1939), Shakespeare & Company, Certaldo (FI), 1993, pp. 191-212.

¹⁶³ Cfr. Theodor Ludwig Wiesengrund-Adorno, *Aufzeichnungen zu Kafka*, in *Die Neue Rundschau*, 3, 1953; poi ripubblicato in *Prismen. Kulturkritik und Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1974 [1954]; tr. it. di Alberto Frioli, Enrico De Angelis, Giacomo Manzoni, Enrico Filippini, *Appunti su Kafka*, in Theodor W. Adorno, *Note per la letteratura*, Einaudi, Torino, 2012 [1979], pp. 235-265.

¹⁶⁴ Franz Kafka, *Vor dem Gesetz*, in F. Kafka, *Sämtliche Erzählungen*, Herausgegeben von Paul Raabe, Fischer, Frankfurt am Main, November 1972 [1970], pp. 131, 132.

¹⁶⁵ Cfr. Jacques Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, op. cit., p. 76.

quella che Calasso ha chiamato la “stirpe degli arconti”.¹⁶⁶ A questa stirpe appartengono indubbiamente i magistrati, gli avvocati e i cancellieri de *Il processo*, ma da essa discende anche uno dei protagonisti di *Davanti alla legge*, il guardiano. Kafka ce lo presenta come un uomo avvolto in un cappotto di pelliccia, dal lungo naso a punta e dalla barba tartara, nera e rasa, che tiene in attesa, davanti alla porta della legge, un uomo di campagna, desideroso di entrare. Nel racconto, l'uomo di campagna è un apolide,¹⁶⁷ che ha intrapreso un viaggio alla ricerca della legge e che, giunto dinanzi alla porta della stessa, scopre un ingresso proibito. Vorrebbe entrare, ma non può. “Per il momento no” (*jetzt aber nicht*),¹⁶⁸ gli dice il guardiano. Derrida si interroga sul significato di questa proibizione. Si chiede se si tratti di un vero e proprio divieto o, piuttosto, di un *differimento* dell'accesso. L'esegesi del testo lo fa propendere per questa seconda interpretazione.¹⁶⁹ Infatti, nella rappresentazione fornita da Kafka, il custode non vieta l'accesso in modo categorico, dice solo “non ora”, e non si frappone tra l'uomo e la porta della legge con la forza, anzi, si fa da parte affinché l'uomo di campagna si possa chinare per sbirciare nell'interno – non nella stessa legge, ma nell'antisala di luoghi apparentemente vuoti e provvisoriamente vietati.¹⁷⁰ Il custode non esercita nessuna violenza, dissuade l'uomo di campagna solo con il suo discorso. “»*Wenn es dich so lockt*” [Se ne hai tanta voglia], gli dice, “*versuche es doch, trotz meines Verbotes hineinzugehn. Merke aber: Ich bin mächtig. Und ich bin nur der unterste Türhüter. Von Saal zu Saal stehn aber Türhüter, einer mächtiger als der andere. Schon den Anblick des dritten kann nicht einmal ich mehr ertragen.*»” [prova pure a entrare nonostante la mia proibizione. Bada, però: io sono potente e sono soltanto l'ultimo dei guardiani. Di sala in sala sta un guardiano, uno più potente dell'altro. Già la vista del terzo non riesco a sopportarla nemmeno io].¹⁷¹ Queste parole bastano a far desistere l'uomo dal suo proposito.

Il discorso della legge, scrive Derrida, parla per bocca del custode e non dice “no” ma “non ancora”; la sua funzione non è vietare ma *differire* l'accesso alla

¹⁶⁶ Roberto Calasso, *K*, op. cit., p. 37.

¹⁶⁷ Come ha segnalato Marthe Robert (in *Seul, comme Franz Kafka*, Calmann-Lévy, Paris, 1979), la maggior parte dei personaggi kafkiani o è sprovvista di patronimici che ne rivelino l'appartenenza etnica o è priva di nome. Questa censura del cognome e del nome è il simbolo di una condizione di smarrimento e di estraneità in cui versano i protagonisti delle opere di Kafka.

¹⁶⁸ Franz Kafka, *Vor dem Gesetz*, op. cit., p. 131.

¹⁶⁹ Cfr. Jacques Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, op. cit., p. 86.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Franz Kafka, *Vor dem Gesetz*, op. cit., p. 131.

legge della legge.¹⁷² Il differimento è a tempo indeterminato. L'uomo di campagna attende di entrare per giorni, anni, sino alla morte. Per facilitargli l'attesa, il custode gli offre uno sgabello, gli permette di sedere al lato della porta e lo intrattiene con domande di circostanza, rivolte per cortesia. L'uomo tenta più volte di corrompere il guardiano; gli offre tutto ciò che ha. Questi non rifiuta, ma gli dice: “»*Ich nehme es nur an, damit du nicht glaubst, etwas versäumt zu haben.*«” [Lo accetto soltanto perché tu non creda di aver tralasciato qualcosa].¹⁷³ Nel corso degli anni, l'uomo impreca, brontola e supplica persino le pulci, intrappolate nel collo del cappotto del custode, perché lo aiutino a far cambiare opinione al guardiano. Il tempo scorre inesorabile, l'uomo invecchia e le sue preghiere restano inascoltate. Sopraggiunge la morte e il custode va a chiudere la porta della legge.

La storia genealogica che Kafka ci racconta, dice Derrida, è una storia di attese,¹⁷⁴ dove gli arconti hanno il compito di tenere in attesa e gli uomini il dovere di restare in attesa. Né gli uni né gli altri sono nella legge. I primi sono custodi di sale, le quali si trovano sempre più in là, ad un passo più in là dal punto in cui inizia la loro custodia. I secondi sono viaggiatori la cui ricerca della legge si interrompe ad un passo più in qua dal punto in cui comincia il controllo dell'accesso. Nello spazio disegnato da Kafka, il custode volta la schiena alla legge, che resta indietro, occultata alla vista, tanto dell'uomo di campagna come del guardiano. Entrambi i personaggi del racconto si trovano in una posizione tale per cui mantengono una certa distanza dalla legge e la vista della stessa è impossibilitata. Sono separati da essa, scrive Derrida, e ciechi.¹⁷⁵

Dov'è allora la *Gesetz* in questa genealogia che sembra non voler rivelare il suo capostipite?

La legge tace, e di essa non ci è detto nulla. Nulla, soltanto il suo nome, il suo nome comune e nient'altro. In tedesco si scrive con una maiuscola, come un nome proprio. Non si sa che sia, chi sia, dove si trovi. È una cosa, una persona, un discorso, una voce, uno scritto o più semplicemente un niente che differisce incessantemente l'accesso a sé, si interdice così per diventare qualcosa o qualcuno?¹⁷⁶

¹⁷² Cfr. Jacques Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, op. cit., pp. 87, 88.

¹⁷³ Franz Kafka, *Vor dem Gesetz*, op. cit., p. 132.

¹⁷⁴ Cfr. Jacques Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, op. cit., p. 87.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 85.

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 91.

In *Vor dem Gesetz* la legge non c'è. Non si trova in nessun luogo reale. È una meta fantastica,¹⁷⁷ non perché costituisca l'oggetto di una fantasia kafkiana, ma perché si dà solo nell'immaginazione. È una visione, irriproducibile nella realtà, di uno stato primordiale di con-fusione tra legge e “fuorilegge”.¹⁷⁸ È l'allucinazione di un uomo di campagna che giunto davanti alla legge, ne resta fuori. È l'assenza di criterio,¹⁷⁹ che viene interdetta, proibita perché non permette di distinguere tra ciò che è dentro la legge e ciò che ne è escluso. Nel definirla *un niente che si interdice per diventare qualcosa o qualcuno*, Derrida pone l'accento su quest'assenza di criterio che è, allo stesso tempo, ciò di cui si sostanzia la legge e ciò che deve essere interdetto, interrotto perché il nulla originario diventi qualcosa o qualcuno.

1.6 I limiti della lettura derridiana. La parabola dispiegata in *Der Prozeß* e la storia dell'origine del diritto moderno

La riflessione di Derrida, avrebbe potuto essere più gravida di conseguenze sul piano filosofico-giuridico, se egli non si fosse limitato a considerare *Davanti alla legge* come “un racconto insulare”¹⁸⁰ e lo avesse esaminato alla luce del più ampio contesto architettonico in cui Kafka lo inserisce. Dentro l'intreccio de *Il processo*, infatti, è più facile potenziare le implicazioni teorico-giuridiche del racconto, perché le allusioni al diritto moderno si fanno più frequenti ed esplicite.

Sebbene molti interpreti prendano in considerazione il romanzo da un angolo visuale primariamente religioso, di religiosità ebraica,¹⁸¹ non si può escludere che *Il processo* contenga – già nel titolo – un preciso significato giuridico.¹⁸² Tra

¹⁷⁷ Ivi, p. 84.

¹⁷⁸ Ivi, p. 87.

¹⁷⁹ Ivi, p. 62.

¹⁸⁰ Ivi, p. 99.

¹⁸¹ Cfr. Max Brod, *Über Franz Kafka*, op. cit., pp.253-257; Max Brod, *Franz Kafka. Eine Biographie*, op. cit., p. 189. Vedi anche Pietro Citati, *Kafka*, op. cit., p. 152.

¹⁸² Così Janko Ferk, *Recht ist ein „Prozess“*. *Über Kafkas Rechtsphilosophie*, Manz, Wien, 1999, p. 79: “In Kafkas Literatur (...) hat das Recht immer eine zentrale Stelle eingenommen, was allein viele seiner Titel zum Ausdruck bringen: „Das Urteil“, „In der Strafkolonie“, „Der neue Advokat“, „Vor dem Gesetz“, „Zur Frage der Gesetz“ und „Fürsprecher“, ganz abgesehen vom „Prozeß“” [Nella letteratura kafkiana (...) il diritto ha occupato sempre una posizione centrale, che trova espressione persino in molti dei suoi titoli: “La condanna”, “Nella colonia penale”, “Il nuovo avvocato”, “Davanti alla legge”, “La questione delle leggi” e “Patrocinatori”, per non parlare di “Il processo”]. In questo senso, si veda anche Mario A. Cattaneo, *Franz Kafka, la legge e il totalitarismo*, in M. A. Cattaneo, *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Giuffrè, Milano, 1992, p.302.

l'altro, come ha osservato Reza Banakar, in *In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law*,¹⁸³ è probabile che molti dei personaggi e degli ambienti della finzione kafkiana siano stati presi in prestito da casi giuridici reali, con i quali Kafka entrò in contatto durante l'esercizio della sua professione¹⁸⁴ e che costituirono per lui una vera e propria fonte di ispirazione.¹⁸⁵

Scritto tra il 1914 e il 1915, ma pubblicato solo nel 1925 a cura di Max Brod – amico ed esecutore testamentario di Kafka –, *Der Prozeß* racconta l'accusa rivolta ad un mite impiegato di banca, Josef K, per una colpa che egli non conosce, che non riuscirà ad appurare nel corso del processo e che si tradurrà nell'esecuzione di una pena capitale.

La storia inizia con l'arresto mattutino di K., nel giorno del suo trentesimo compleanno. Si tratta di un arresto condotto secondo modalità anomale, lontane da quelle che un qualsiasi cittadino, in uno Stato di diritto, si aspetterebbe. I sorveglianti che conducono l'operazione non esigono alcun documento di identità da K., né esibiscono alcun titolo che giustifichi la loro posizione. Di ordinario in questa faccenda non c'è quasi nulla: K. non sa di cosa lo si accusa, non sa chi sono gli uomini che irrompono nella stanza di albergo dove alloggia, e non sa neppure quale autorità istruisce il procedimento. Conosce solo le leggi in vigore nello Stato di diritto in cui vive e con esse cerca di orientarsi e di ricostruire una ordinarietà che viene ripetutamente infranta.

Il carattere eccezionale dell'arresto, lo induce a pensare che si tratti di uno scherzo, ordito dai propri colleghi, ma l'insistenza nella supposta farsa lo fa ricredere.

Su invito dell'ispettore e dei sorveglianti, che lo arrestano senza detenerlo, K. riprende la sua vita normale, in attesa di ricevere istruzioni più chiare da parte di funzionari di rango superiore.

¹⁸³ Reza Banakar, *In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law*, in *Law & Literature*, vol. 22, issue 3, p. 464.

¹⁸⁴ Kafka si laurea in legge nel giugno del 1906 e nello stesso anno comincia la pratica legale. Nel 1907 inizia a prestare servizio presso le Assicurazioni Generali, in Italia, ma abbandona l'impiego dopo 9 mesi per trasferirsi a Praga. Qui viene assunto presso l'Istituto di assicurazioni contro gli Infortuni dei lavoratori del regno di Boemia, dove resta in servizio sino allo scoperta della malattia.

¹⁸⁵ Tenendo conto di questi dati, non è inverosimile ritenere che lo scenario in cui si svolge la vicenda di Josef K. sia colmo di elementi e pratiche prettamente giuridiche e che la legge con cui il protagonista de *Il Processo* viene giudicato graviti in un universo giuridico anziché religioso.

Pochi giorni dopo l'arresto, viene informato per telefono che la domenica seguente avrà luogo una piccola udienza relativa al suo caso. Deciso ad opporsi all'accusa, pur non avendo ancora la più pallida idea di cosa lo si accusi, si reca presso l'indirizzo comunicatogli e, al cospetto del giudice istruttore e di una sala gremita, tiene una accorata auto-difesa.

Nel mentre, la notizia del processo giunge alle orecchie dello zio, il quale, preoccupato per il nipote, gli fa visita e lo invita a mettersi in contatto con un noto e apprezzato “avvocato dei poveri”, suo amico.

Gli incontri con l'avvocato Huld falliscono in breve, poiché da questi K. non ottiene alcun chiarimento in merito alla propria posizione processuale. Contemporaneamente, su consiglio di un facoltoso cliente della banca presso cui lavora, Josef si affida ad un pittore, un certo Titorelli, ritrattista dei membri della corte ed esperto conoscitore dei meccanismi del processo. Purtroppo, anche l'aiuto offerto dal pittore si traduce per K. in un nulla di fatto, dato che neppure questi riesce a fornire ragguagli certi sul suo caso. Josef K. sprofonda nella disperazione. Il lavoro in banca si fa sempre più difficoltoso e l'inquietudine, generata da una colpa sconosciuta, si amplifica a dismisura, sì da rendergli la vita quasi impossibile.

Ci troviamo ora dinanzi agli ultimi giorni di vita di K., segnati dall'avvilimento e da un forte senso di impotenza. E con questi stessi stati d'animo ci accingiamo alla lettura del nono capitolo, dove incontriamo un cappellano intento a raccontare a K. l'oscura parabola della Legge. Si tratta di un antico testo della corte, dice il cappellano, che molti commentatori hanno interpretato nel corso dei secoli, però arrivando tutti a risultati differenti.

La parabola, che narra l'attesa di un uomo di campagna dinanzi alla porta della legge e che si conclude con la morte dell'uomo e la chiusura della porta, sembra essere profetica. Infatti, nell'ultima scena del romanzo, vediamo due signori condurre K. in una cava di pietra, adagiarlo contro un masso e infliggergli due coltellate al cuore. K. muore, dunque, nello stesso scenario della parabola raccontata dal cappellano: davanti alla legge, per mano della legge, e senza averla conosciuta.

Ripercorrendo i passaggi centrali del romanzo, ci rendiamo conto che le allusioni al diritto moderno sono sparse un po' dappertutto. Tuttavia, i riferimenti espliciti sono pochi. Nel primo capitolo ne troviamo uno. Si tratta di un cenno allo

Stato di diritto, il quale ci permette di individuare con chiarezza il quadro storico-giuridico in cui Kafka situa l'avventura di K. Qui si legge: “*Was waren denn das für Menschen? Wovon sprachen sie? Welcher Behörde gehörten sie an? K. lebte doch in einem Rechtsstaat, überall herrschte Friede, alle Gesetze bestanden aufrecht, wer wagte, ihn in seiner Wohnung zu überfallen?*” [Che razza di persone erano quelle? Di cosa parlavano? A quale autorità appartenevano? K. viveva in uno stato di diritto, dovunque regnava la pace, tutte le leggi erano in vigore, chi osava aggredirlo in casa?].¹⁸⁶ Il passo citato è uno dei più significativi dell'opera, perché introduce il lettore in un universo giuridico complesso, dove vi è, da un lato, una realtà storica, quella dello Stato di diritto, in cui il protagonista del romanzo vive e sotto le cui leggi agisce; dall'altro, una realtà a-storica, priva di coordinate temporali, in cui lo stesso protagonista improvvisamente si ritrova e dinanzi alla quale appare disorientato. La prima realtà non interessa tanto a Kafka. È per lo più strumentale. Serve a situare, sul piano storico, la questione centrale del libro – l'origine del diritto moderno –, che si sviluppa invece nella seconda dimensione, quella onirica, in cui K., per circostanze del tutto ignote, si imbatte il giorno del suo trentesimo compleanno. La bidimensionalità del paesaggio giuridico creato da Kafka, riproduce i due punti di vista che si alternano nel romanzo: quello del protagonista, che si aspetta di essere giudicato in base alle leggi vigenti nello stato di diritto e quello del narratore, che racconta un processo regolato da una legge ambigua, indistinta, intrisa di diritto e violenza.

Servendosi di entrambi i punti di vista e costringendoli ad un dialogo serrato, Kafka mette in scena il dramma del diritto moderno, la sciagura di un diritto che fermatosi a riflettere sulla propria origine non sa trovare, per sé, un titolo legittimante che non sia la violenza originaria con cui al principio si confonde. Nella letteratura della teoria del diritto lo stesso dramma circola sotto il lemma ‘positività del diritto’ e rimanda ad una forma moderna di *ius* che rinuncia a fondare se stessa su presupposti esterni¹⁸⁷ e che presentandosi come autopoietica si espone a problemi di legittimità. Scrive Teubner, in *Das Recht vor seinem Gesetz*:

¹⁸⁶ Franz Kafka, *Der Prozeß*, in F. Kafka, *Gesammelte Werke*, Herausgegeben von Max Brod, Fischer, Frankfurt am Main, 1958, p. 12.

¹⁸⁷ Cfr. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993; tr. it. di Luisa Avitabile, *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 29-108.

(...) im Unterschied zum Recht traditionaler Gesellschaften, das sein Gesetz in einer umfassenden Kosmologie, in deren moralische, religiöse, politische Zusammenhänge es unlösbar eingebunden ist, einordnen und beurteilen konnte, kann das Recht der funktional differenzierten Gesellschaft sein Gesetz nicht umfassend daraufhin beurteilen, ob es wahr oder unwahr, gut oder böse, nützlich oder schädlich, schön oder hässlich, gesund oder krank, gerecht oder ungerecht ist. *Der Kriterienverlust des positiven Gesetzes*¹⁸⁸ (...) das ist die Krankheit der Rechtsmoderne.¹⁸⁹

La malattia del diritto moderno, dice il sociologo tedesco, è la perdita di criteri della legge positiva. Luhmann la chiama autoreferenzialità,¹⁹⁰ mentre Derrida la definisce violenza performativa.¹⁹¹ Nella sostanza, si tratta dello stesso male: l'assenza di una *legge prima* che permetta di distinguere, anche nel momento originario – nell'istante della fondazione –, tra diritto e violenza. Senza questa legge, sembra avvertire Kafka, la legittimità del diritto moderno è compromessa, all'origine; senza di essa, anche un giudizio condotto in uno stato di diritto, come quello di K., può scivolare improvvisamente, per circostanze sconosciute, nell'abisso della violenza.

Di quanto detto sin qui, non vi è traccia nella lettura derridiana di *Davanti alla legge*. La ragione di quest'assenza è individuabile nella ristrettezza della cornice interpretativa in cui il filosofo conduce la sua analisi. Guardando al testo come ad un racconto isolato anziché come ad un frammento di un progetto narrativo più ampio,¹⁹² egli si preclude la possibilità di potenziare le implicazioni filosofiche-

¹⁸⁸ Corsivi miei.

¹⁸⁹ [(...) a differenza del diritto delle società tradizionali, che poteva classificare e valutare la sua legge in una cosmologia globale, in cui le relazioni morali, religiosi e politiche erano indissolubilmente legate, il diritto della società funzionalmente differenziata non può invece valutare globalmente la sua legge come vera o falsa, buona o cattiva, utile o inutile, bella o brutta, sana o malata, giusta o ingiusta. La perdita di criteri della legge positiva (...) è la malattia del diritto moderno]. Così Gunther Teubner, *Das Recht vor seinem Gesetz: Franz Kafka zur (Un-)Möglichkeit einer Selbstreflexion des Rechts*, in Ancilla Iuris (anci.ch), 2012:176, p. 182, reperibile al seguente indirizzo on-line: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828081/KafkaVordemGesetz2011FSAmstutz.pdf>.

¹⁹⁰ Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., p. 42.

¹⁹¹ Jacques Derrida, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994, tr. it di Francesco Garritano, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino 2010 [2003], pp. 62, 63.

¹⁹² In questo senso, si veda Walter Benjamin, *Franz Kafka. Per il decimo anniversario della sua morte*, in *Angelus Novus. Saggi e Frammenti*, a cura di Renato Solmi, Einaudi, Torino, 1995 [1962], p. 286, secondo il quale, il romanzo non è altro che la parabola dispiegata. Si vedano, altresì: Henry Sussman, *The Dog in the Closet: Inversion, Supplanting, and Derangement in The Trial*, in H. Sussman, *Franz Kafka: Geometrician of Metaphor*, op. cit., p. 85; Marcello Strazzeri, *Decostruzione giuridica e orizzonti di giustizia*, in Antonio De Simone (a cura di), *Diritto, giustizia e logiche del dominio*, Morlacchi, Perugia, 2007, p. 283.

giuridiche dello stesso. Per questo, quando si chiede di quale legge Kafka stia parlando non arriva a dire che si tratta della legge positiva. Non può farlo perché gli mancano tutti i riferimenti al diritto moderno, disseminati ne *Il processo* e assenti nella parabola raccontata dal cappellano. Così si vede costretto a scindere l'analisi su più piani: quello psicoanalitico, dove la legge è la legge della natura; quello strettamente filosofico, in cui la legge è la legge della morale; quello filosofico-giuridico, dove la legge è la legge del diritto; quello letterario, in cui la legge è la legge del linguaggio. Ne deriva una analisi discontinua, che non solo non rafforza la prospettiva filosofico-giuridica – la quale viene persa di vista nella trattazione delle altre chiavi di lettura –, ma che per di più rischia di fraintenderla. Infatti, nell'identificare la legge prima con “un niente” che si interdice per diventare qualcosa o qualcuno, Derrida non sembra afferrare appieno il senso di questa interdizione della legge originaria. Essa si vieta, si auto-interdice non perché è un niente, ma perché è qualcosa di molto più pericoloso e concreto del nulla. È la violenza originaria, la voracità di quella stirpe di arconti di cui parla Calasso.

2. La voracità della “stirpe degli arconti”

2.1 Il ruolo dei funzionari nel romanzo e la presunta profezia dei regimi totalitari

Leggendo *Il processo*, risulta difficile credere che Kafka abbia pensato a K. come al protagonista principale del romanzo. Indubbiamente, la vicenda narrata è la storia di un uomo, di un cittadino dello Stato di diritto, identificato con un'iniziale non meglio precisata; ma le tracce di quest'uomo –già poco visibili sin dal principio–, nel susseguirsi degli eventi, scompaiono progressivamente, lasciando spazio ad altro.

Nella dimensione onirica, in cui il processo prende forma, compaiono, infatti, nuovi personaggi, la cui presenza è così ingombrante, da relegare K. nel margine della scena. Si tratta dei funzionari del tribunale, gli esecutori di ordini impartiti dall'alto, che González García chiama, utilizzando un'espressione in cui risuonano

potenti echi weberiani, “las ruedecillas de la gran maquinaria burocrática” [le rotelle della grande macchina burocratica].¹⁹³

Di funzionari è piena l'intera opera. Ne troviamo almeno uno in quasi tutti i capitoli del romanzo. Ricordiamo, tra i primi in ordine di comparsa, Franz e Willem, subalterni di infimo grado che hanno il compito di tenere K. sotto sorveglianza dieci ore al giorno. Seguono l'ispettore, il giudice istruttore, l'usciera del tribunale, il “bastonatore” (*Der Prügler*), l'avvocato Huld, il pittore Titorelli – ritrattista giudiziario –, il cappellano del carcere e da ultimo, i due signori grassi e pallidi che, con un coltello da macellaio a doppio taglio, eseguono la condanna di K.

Il ritratto che Kafka ci offre di questa stirpe è quello di un esercito di impiegati di grado inferiore,¹⁹⁴ in varie occasioni vestiti di nero,¹⁹⁵ inflessibili nel rispettare i comandi impartiti da una autorità che non si dichiara mai,¹⁹⁶ e sempre ignari delle ragioni che giustificano gli ordini a cui danno esecuzione.¹⁹⁷ Osservando quest'immagine, non è difficile pensare *Il processo* come una profezia dello Stato totalitario¹⁹⁸ e arrivare alle stesse conclusioni a cui giunge Cattaneo nel suo *Franz Kafka, la legge e il totalitarismo*, dove si legge:

[...] alla fine si scopre che lo Stato, il diritto positivo, attraverso la burocrazia, ha voluto direttamente seguire, controllare paternalisticamente il cittadino, dalla nascita alla morte; questo è il senso del fatto che quella porta riguardava soltanto quella determinata persona, e non altri: ognuno è «schedato», ognuno è condotto per le «dande», come fosse un minore. Ma nello stesso tempo la legge, che così lo controlla e lo limita, intende sfuggire alla conoscenza, alla capacità di penetrazione del cittadino; per questo l'ingresso gli è precluso, e nel momento in cui egli sta per morire, il guardiano va a chiudere la porta. Si vuole così impedire all'uomo, al

¹⁹³ Cfr. José M. González García, *La máquina burocrática (Afinidades electivas entre Max Weber y Kafka)*, Visor, Madrid, 1989, p. 168.

¹⁹⁴ Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 15.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 9, p. 52, p. 256.

¹⁹⁶ *Ivi*, p. 107.

¹⁹⁷ *Ivi*, p. 15.

¹⁹⁸ A questa idea si rifanno vari autori. Si veda, in particolar modo, J. P. Stern (*The Law of the Trial*, in F. Kuna, *On Kafka: Semi-centenary Perspectives*, New York, Harper & Row, 1976), il quale propone un'interessante, seppur forzata, comparazione tra *Il processo* di Kafka e i procedimenti giudiziari delle Corti del Terzo Reich. Si veda, altresì, B. Brecht (*Sur la littérature tchécoslovaque moderne*, in *Le siècle de Kafka*, Centre Georges Pompidou, 1984, p. 162), secondo cui, Kafka avrebbe avuto il merito di anticipare nei suoi testi le due grandi costanti del totalitarismo: l'assenza di garanzie legali e l'assoluta autonomia dello Stato.

cittadino, di vedere quello che sta realmente dietro alla legge positiva: il volto brutale del potere.¹⁹⁹

Tuttavia, profezia o no, attribuire al romanzo una “critica corrosiva”²⁰⁰ del positivismo giuridico e delle sue degenerazioni, significa obbligarlo a dire molto più di quanto possa o voglia dire; legarlo a una realtà extraletteraria a cui esso allude, ma alla quale non rinvia mai esplicitamente.²⁰¹ Forse, come ha scritto Blanchot, la stranezza di questo libro risiede nel riferimento incessante ad una verità extra-letteraria, che, però, rischia di essere tradita nell'istante in cui attira fuori dalla letteratura.²⁰² Probabilmente, calato nel contesto storico-politico del suo tempo, Kafka riflette sugli abusi di potere che condurranno poi alla realtà dello Stato totalitario,²⁰³ ma non li riproduce nei suoi testi con il taglio del cronista.²⁰⁴ “Sono solo letteratura”, confessa nei suoi diari, “e non posso né voglio essere altro”.²⁰⁵

2.2 *Il processo* e la sua profonda intuizione intorno alla genesi del diritto moderno: il carattere immaginario della stessa

¹⁹⁹ Mario A. Cattaneo, *Franz Kafka, la legge e il totalitarismo*, op. cit., p.328.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ A differenza di altri scrittori, Kafka non dichiara mai, né spiega le sue intenzioni. Adotta ogni precauzione possibile per preservare il suo segreto. In questo senso, si veda Goffredo Fofi nell'*Introduzione* all'edizione italiana del fumetto di Robert Crumb, che racconta la biografia e le opere di Kafka (Robert Crumb (illustrazioni), David Zane Mairowitz (testi), *Introducing Kafka*, Icon Books, Cambridge, 1993; tr. it. di Bruno Amato, *Kafka*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009 [2008], p. 7).

²⁰² Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., pp. 48, 49.

²⁰³ Per un'analisi dei più noti processi contro ebrei – caso Tisza (Ungheria, 1882), caso Dreyfus (Francia, 1894-1899), caso Hilsner (Cecoslovacchia, 1899-1900), caso Beiliss (Russia, 1912-1913) – di cui Kafka ebbe notizia e intorno ai quali ebbe modo di discutere con la cerchia dei suoi amici, si veda l'interessante articolo di Michael Löwy, *Franz Kafka's Trial and the Anti-Semitic Trials of His Time*, in *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge*, VII, 2, Okcir Press, Spring 2009, pp. 151-158.

²⁰⁴ Sulla irriducibilità de *Il Processo* alla visione premonitrice del totalitarismo, si veda Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Éditions Odile Jacob, “Opus 1997”, 2001; tr. it. di Daniela Bifulco, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina, Milano, 2007, p. 243. Si veda, altresì, Rosemarie Ferenczi (*Kafka. Subjectivité, Histoire et Structures*, Klincksiek, Paris, 1975, p. 62: “Kafka did not pretend to be the prophet of future catastrophes, he limited himself to decipher the evil of his times. If his descriptions appear effectively as prophetic, this is because the future epochs are the logical following of Kafka's own”).

²⁰⁵ Così Franz Kafka, citato da Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 58: secondo Blanchot, molti dei commentatori di Kafka hanno voluto, con insistenza, porlo al di fuori della sua condizione di scrittore, tradendo così quell'immagine di sé che Kafka ha rivendicato nei Diari, nelle lettere e in tutti i momenti della propria vita.

I testi kafkiani sono profondamente calati nella finzione e non se ne distinguono.²⁰⁶ Ecco perché è più plausibile vedere, ne *Il processo*, lo sviluppo di un tema al limite tra letteratura e filosofia giuridica, come l'origine del diritto moderno, che non, invece, una teorizzazione e una critica del totalitarismo.

Che la questione dell'origine degli ordinamenti giuridici contemporanei implichi una riflessione impossibile da realizzare con i soli strumenti della logica e bisognosa di un linguaggio figurativo, è un dato che non è passato inosservato tra i teorici del diritto.²⁰⁷ Ha insistito sul punto, con fermezza, Eligio Resta, il quale ha evidenziato il carattere “immaginario” proprio delle distinte soluzioni, di volta in volta offerte dalla teoria politico-giuridica, per spiegare l'origine della differenza rispetto alla violenza simmetrica.²⁰⁸

Il contratto sociale, ad esempio, dice Resta, in *Quello che i moderni chiamano diritto*,²⁰⁹ è una delle soluzioni che la teoria ha immaginato per giustificare la nascita del diritto positivo,²¹⁰ un diritto che, come abbiamo più volte precisato, si sostituisce alla violenza nel governo degli affari umani.

Questa soluzione, continua Resta, in realtà non risolve nulla, perché pur simbolizzando una presa di coscienza del problema e una prescrizione sulla necessità di uscirne, omette il procedimento attraverso cui essa stessa arriva a presentarsi come la soluzione;²¹¹ riflette, cioè, l'esigenza di cercare un titolo che legittimi la fondazione del diritto moderno ed il prodotto di questa ricerca, ma omette ogni informazione in merito alle modalità attraverso le quali arriva al risultato.

“Dov'è qui il procedimento?”, si chiede Resta.²¹² “Dov'è il processo?”, sembra incalzarlo Kafka. Non c'è. Viene, più o meno deliberatamente, occultato. Ne segue che la storia dell'origine del diritto moderno non è altro che la storia di questa omissione, il racconto di un non-detto, nel quale ciò che si arriva a esplicitare è sempre e solo il frutto di una finzione. La “norma fondamentale” (*Grundnorm*) in Kelsen e la “norma di riconoscimento” (*Rule of Recognition*) in Hart sono altri

²⁰⁶ Maurice Blanchot, *Da Kafka a Kafka*, op. cit., p. 49

²⁰⁷ Si vedano: Janko Ferk, *Recht ist ein „Prozess“*, op. cit., p. 49; Klaus Kastner, *Literatur und Recht: eine unendliche Geschichte*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 56, n. 9, 2003, p. 609.

²⁰⁸ Eligio Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 2007, p. 124

²⁰⁹ Eligio Resta, *Quello che i moderni chiamano diritto*, in *La certezza e la speranza*, op. cit, pp. 99-138

²¹⁰ *Ivi*, p. 124.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

racconti sull'origine, che non dicono mai come ricostruiscono l'origine, perché sembrano provare vergogna nell'ammettere che, in realtà, non la trovano, ma la inventano.

In questo senso, *Il processo* di Kafka conta una intuizione profonda sulla genesi del diritto moderno: essa è fantasia; immagine senza tempo, che né avanza nel futuro, né arretra nel passato; è “*eine Wunde, siedend in brennendem Blut und Fleish, geschlagen durch einen Blitz, der noch andauert*” [una ferita, che brucia nel sangue e nella carne infuocate, aperta da un fulmine che ancora perdura].²¹³ La ferita di cui parla Kafka ne *I frammenti* e che sembra rinviare all'epilogo de *Il Processo*, è l'effigie del diritto moderno, di un diritto che nasce come lesione del tessuto sociale, come crepa che ancora si conserva. Da essa è sorta la differenza tra il diritto e la violenza indiscriminata, però dell'evento che ha prodotto la differenza, non si è conservata alcuna traccia. Si è trattato, dice lo scrittore praghese, di un fulmine, di una manifestazione luminosa che si è sottratta alla vista nello stesso istante in cui si è concessa. Il bagliore che l'uomo di campagna intravede affacciandosi alla porta della legge è ciò che è rimasto della violenta scarica elettrica che ha reso possibile l'origine.

2.3 Il potere esplicativo delle immagini

Con l'immagine di una ferita aperta da un fulmine, Kafka racchiude in un unico momento più idee: la separazione fulminea del diritto e della violenza; il sangue che ancora sgorga da questo taglio; la luce che illumina favorendo la vista e, nello stesso istante, acceca sottraendo allo sguardo una realtà dell'origine.

Da una prospettiva filosofico-giuridica, è impossibile riprodurre correttamente tutti questi passaggi. Il discorso del teorico del diritto è, infatti, un discorso logico-razionale, che, dovendo rispettare i tempi dell'azione ed il principio di non-contraddizione, non può rappresentare realtà paradossali. È in grado di riconoscerle, schivarle se necessario, ma non ha strumenti per riprodurle. A causa di questo limite, si vede costretto a condividere alcuni spazi di analisi con la letteratura, con quel pensiero vicino all'arte figurativa che può pietrificare più

²¹³ Franz Kafka, *Fragmente aus heften und losen Blättern*, in Max Brod (a cura di), *Hochzeitsvorbereitungen auf dem Lande und andere Prosa aus dem Nachlaß*, Fischer Taschenbuch Verlag, 1983, p. 248.

idee, anche se in contraddizione, in un'unica immagine. Questa qualità del discorso letterario – la capacità di costruire significato visivo, mediante l'elaborazione di immagini – permette di vedere ciò che in altre forme del discorso resta occultato, e di dire ciò che attraverso le sole parole non può essere esplicitato. Scrive Sherwin, intorno al potere esplicativo delle immagini:

Visual meaning making is different from the way we make meanings in words alone. Visual meanings are written in the body, so to speak. We respond to images quickly, holistically, and affectively – the same way we perceive the world at large. Vision is a complex physiological, cultural, and cognitive response to visual stimuli. It depends on a variety of cues. Implicit meanings – often the offspring of emotional and mnemonic associations to what we see on the screen – tend to remain hidden from conscious reckoning. Image quickly activate patterns of seeing and feeling that we have internalized from a lifetime of watching. So when law lives as an image on the screen it lives there as other images do.²¹⁴

Lo stesso Kafka insiste sulla capacità chiarificatrice delle immagini. Lo fa in un passo de *Il Processo*, quando ci raffigura K. nell'intento di spiegare alla signorina Bürstner la vicenda dell'arresto. “»*Wie war es denn?*«” [Com'è stato?], gli chiede lei.²¹⁵ “»*Schrecklich*«” [Terribile], dice lui e poi, trovandosi nell'impossibilità di descrivere con chiarezza la dinamica degli eventi, le domanda: “»*Soll ich Ihnen zeigen, wie es gewesen ist?*«” [Vuole che le mostri com'è stato?].²¹⁶ Ad un cenno affermativo della donna, posiziona il comodino e altri suppellettili in modo tale da ricostruire la scena dell'arresto, e osserva: “»*Sie müssen sich die Verteilung der Personen richtig vorstellen, es ist sehr interessant (...)*” [Bisogna immaginare correttamente la disposizione delle persone, è molto interessante”.²¹⁷

Utilizzando le stesse parole di Josef K., potremmo dire che il contributo offerto dalla letteratura kafkiana alla filosofia del diritto si sostanzia proprio in questo, in un *immaginare correttamente*, laddove non esistano altri strumenti per vedere.

Ma con che cosa il discorso filosofico-giuridico può sostituire l'immagine dell'origine del diritto moderno, elaborata da Kafka? Con un'altra immagine, più

²¹⁴ Richard K. Sherwin, *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque: Arabesques and Entanglements*, Routledge, New York, 2011, p. 2.

²¹⁵ Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 38.

²¹⁶ *Ivi*, p. 39.

²¹⁷ *Ibidem*.

potente, più cifrata. L'arcano può essere svelato soltanto con un arcano ulteriore. Così, il contratto sociale, la *Grundnorm*, la norma di riconoscimento, sono solo arcani con cui la teoria del diritto cerca di svelare il mistero della genesi degli ordinamenti giuridici contemporanei.

2.4 Della vista interna

Il guardiano della legge, di cui parla Kafka in *Vor dem Gesetz*, è uno dei tanti custodi di quest'arcano – il primo ed il meno potente. A lui ne seguono altri, più potenti, la cui vista si fa insopportabile ai sottoposti, via via che si ascende nella gerarchia.

La difficoltà nel sostenere il loro sguardo dipende dal bagliore che promana dal segreto su cui vigilano, un segreto racchiuso in un fascio di luce così abbagliante che, per un verso, avvolge e illumina coloro che lo custodiscono e, per un altro, arretra lo sguardo di coloro che vorrebbero entrarne in possesso, illuminarsi per così dire. Kafka insiste su questo dettaglio della vista, lo introduce nell'*incipit* del racconto, quando il guardiano sorprende l'uomo di campagna chino, nell'atto di guardare (*zu sehen*), attraverso la porta della legge, verso l'interno, e lo riprende poi in almeno altre due occasioni: quando fa dire al custode che già la vista (*den Anblick*) del terzo guardiano gli risulta insostenibile e quando descrive l'uomo di campagna nel suo momento ultimo, con il lume degli occhi debole (*Augenlicht schwach*), nell'incapacità di capire se intorno a lui è calata l'oscurità o se sono solo i suoi occhi (*Augen*) ad ingannarlo.

Anche in *Der Prozeß*, Kafka ritorna, con ostinazione, su quest'aspetto. Lo fa nel settimo capitolo, dove narra della visita di K. ad un pittore del tribunale (*Gerichtsmäler*), un certo Titorelli.²¹⁸ L'incontro tra i due è reso possibile da un

²¹⁸ Si tratta di una figura chiave nell'architettura del romanzo, sulla quale gli interpreti si sono a lungo soffermati. Si vedano, in particolar modo: Barbara Di Noi, *Kafka e Karl Stauffer-Bern. Sul personaggio di Titorelli*, in *Studia austriaca*, vol. 20, 2012, pp. 167-190; Herbert Tauber, *F. Kafka. Eine Deutung seiner Werke*, Oprecht, Zürich New York, 1941, pp. 11-113; Giuliano Baioni, *Franz Kafka. Romanzo e parabola*, Feltrinelli, Milano, 1962, pp. 175-178; Bruno Cavallone, *La Lezione di Titorelli, pittore e giurista (Kafka e la teoria del giudicato)*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. 66, n.3, 2011, pp. 633-638; Annelise Ballegaard Petersen, *Von Titorelli zu Josefine. -Überlegungen zu Kafkas Künstlergestalten*, in *Bassena*, 2003; Jill Scott, *Please use the other door: Opening Kafka's The Trial*, in *Modern Horizons*, giugno 2013 (consultabile on-line al seguente indirizzo: http://modernhorizonsjournal.ca/wp-content/uploads/Issues/201306/201306_Scott.pdf); Manuel González De Ávila, *Escenificar la*

facoltoso cliente della banca, che, venuto a conoscenza del processo pendente a carico di K., gli consiglia di rivolgersi, dietro sua raccomandazione, ad un ritrattista giudiziario – persona influente nell'ambiente del tribunale.

K. accetta l'invito dell'industriale e si reca presso l'officina del pittore, animato dalla volontà di non lasciare nulla di intentato. Tuttavia, quando comincia la sua conversazione con Titorelli, in una misera stanzetta, fatta di travi in legno, con varie crepe, un letto, una finestra e un quadro coperto da una camicia – in uno scenario, dunque, che non gli sarebbe mai venuto in mente di chiamare *atelier* – non ha ancora chiaro in cosa possa essergli d'aiuto un pittore, soprattutto questo discutibilissimo pittore. È corso da lui troppo in fretta, senza riflettere e ora non sa come spiegarli che, in realtà, non è lì né per comprare i suoi quadri né per farsi fare un ritratto. Vuole solo delle confidenze sul suo caso, ma dubita che lui possa dargliene. Così, nel tentativo di deviare la conversazione e di abbandonare il prima possibile quell'ambiente dall'aria malsana, gli dice: “»*Sie arbeiten gerade an einem Bild?*«” [«Sta lavorando a un quadro?»].²¹⁹ E lancia uno sguardo al cavalletto situato al centro della stanza, che ha attirato la sua attenzione sin dal primo istante e che pare l'unica prova della presenza di un pittore, in quella soffitta malmessa. “»*Es ist ein Porträt. Eine gute Arbeit, aber noch nicht ganz fertig.*«”²²⁰ [«È un ritratto. Un buon lavoro, ma non è ancora terminato»], gli risponde Titorelli, gettando sul letto la camicia dietro la quale il quadro è nascosto.

K. osserva il dipinto e ne resta stupito. Si tratta di un quadro sorprendentemente simile ad uno che ha già visto nello studio dell'avvocato Huld, dove è raffigurato un giudice nell'atto di alzarsi minacciosamente dal suo trono. Incuriosito da questa somiglianza, K. si avvicina al ritratto per studiarne i dettagli, ed ecco che nota qualcosa di diverso, qualcosa che la distanza non gli aveva permesso di mettere a fuoco. Una figura, dai contorni vaghi e indistinti, si erge alle spalle dello schienale del trono, avvolta in un chiarore che sfuma sino ad incontrare la testa del giudice. È la rappresentazione della Giustizia, a cui il pittore sta lavorando dietro commissione di uno dei membri del tribunale. Però, come nota K., l'iconografia della *Dike* non è quella tradizionale. Eccettuati i classici

presencia: O. Welles y F. Kafka, “El Proceso”, in *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 748, 2011, pp. 401-409.

²¹⁹ Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 175.

²²⁰ *Ibidem*.

elementi della benda intorno agli occhi e della bilancia tra le mani, essa rompe con le raffigurazioni ufficiali – ha le ali ai talloni e sta correndo.

Come verrà appurato nel prosieguo del capitolo, si tratta di una figura ibrida, che può ospitare differenti realtà: la Giustizia, la Vittoria e la Caccia insieme. Per questo, il tratto che la marca è solo abbozzato e non le conferisce una forma identificabile. Non potrebbe essere diversamente. Ciò che è contaminato non è rappresentabile dentro contorni chiari e secondo geometrie convenzionali. Si concede agli occhi come oggetto grezzo e indistinto e acquista un'identità determinata solo quando l'osservatore gliene attribuisce una. Ecco perché nell'immaginario di Titorelli, la Giustizia somiglia alla dea della Vittoria, mentre in quello di K. ha l'aspetto della dea della Caccia: il pittore vede ciò che il committente dell'opera vuole vi si veda – una giustizia vittoriosa che, dopo varie battaglie, ha spiccato il volo –; invece, K. vede ciò che la sua vicenda personale gli suggerisce – una giustizia cacciatrice che insegue la preda, facendo oscillare la bilancia della legge.

Cosa veda Kafka o cosa voglia far vedere, con questa rappresentazione poco ortodossa della Giustizia, è ciò che resta silenziato nella storia de *Il Processo*. Sappiamo, infatti, che volto assegnano a *Dike* i due protagonisti, ma non conosciamo la prospettiva del narratore. Cosa pensa lui della Giustizia? Come la vede? Non ci viene rivelato. Lo scrittore praghese non prende parte alla discussione circa la natura di *Dike*. Per lui, potrebbe trattarsi di *Nike* (dea della Vittoria), come di Diana (dea della Caccia), o addirittura di Atena (dea della Guerra). L'essenza della giustizia, qualora ne esista una, non lo interessa; piuttosto, lo incuriosisce il procedimento attraverso cui i suoi personaggi arrivano a vederla, la pittura. Essa simbolizza l'arte in genere,²²¹ il potere di creare immagini, la facoltà di portare lo sguardo sino al suo limite, laddove la vista esterna si fa debole e quella interna le viene in soccorso.

Però, il dipinto di Titorelli, come ogni creazione artistica, non rivela nulla. Esso dà un'immagine della Giustizia, ma si tratta, appunto, di una unità immaginaria,²²² modificabile, sostituibile con altre, in un processo di 'rimpiazzo' senza fine.²²³

²²¹ Barbara Di Noi, *Kafka e Karl Stauffer-Bern. Sul personaggio di Titorelli*, op. cit., p. 177.

²²² Titorelli ammette di non aver mai visto, di persona, gli oggetti dei suoi quadri. "(...) alles ist Erfindung" [(...) è tutta invenzione] dice, infatti, a K. Cfr. Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 176.

Nell'arte si può arrivare a vedere l'invisibile, ma senza vederlo realmente. Attraverso la vista passa l'accesso alla Legge – alla Giustizia –, ma quest'ingresso, nella realtà, è sempre differito.

Così, tanto in *Der Prozeß* come in *Vor dem Gesetz*, Kafka ci avvisa che se è vero che la vista costituisce il canale di accesso all'origine della Legge, è altrettanto vero che quest'ultima, in quanto manifestazione luminosa intensa che indebolisce gli occhi e non permette di distinguere niente da niente, non si dà a vedere realmente. Difatti, né K. né l'uomo di campagna e neppure i guardiani della legge ne incrociano mai lo sguardo. E, a giudicare dai racconti che circolano sull'origine del diritto moderno, potremmo dire che neppure i filosofi del diritto ne abbiano mai contemplato il volto. Ciò che si è visto e che continua a vedersi è solo un'immagine, senza referenza – una figura elaborata dalla mente, ma aliena alla vista esterna.

2.5 La dialettica circolare che investe K. e i funzionari de *Il processo*

Abbiamo detto che K. non sembra essere il protagonista principale del romanzo, dato che la sua centralità viene ripetutamente annullata da un esercito di funzionari che monopolizzano l'attenzione del lettore. In realtà, gli arconti non rubano a K solo la scena. La loro sovranità, dice Calasso, è così piena che si traduce in una esautorazione dell'esistenza di K.²²⁴ Difatti, sin dalla loro prima apparizione, li vediamo appropriarsi di distinte realtà: lo spazio scenico, la vita personale, l'ambiente lavorativo di K. Assistiamo al loro irrompere in più contesti – nel racconto, nell'intimità e nella sfera sociale dello spettro di un uomo – e li seguiamo nell'intento militaresco di occupare ciascuno di questi spazi. Forse, è proprio in virtù dell'avanzare della legione dei funzionari, che Josef K. diviene progressivamente solo K., un'iniziale senza possibilità di sviluppo.²²⁵

²²³ Circa la sostituibilità delle differenti narrazioni sulla Giustizia ed il carattere iconico delle stesse, si veda il lavoro di José Calvo González, *Iudex suspectus, semionarrativa y retórica de la imagen*, in J. Calvo González, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 99-104.

²²⁴ Roberto Calasso, K, p. 230.

²²⁵ L'idea di una graduale contrazione dell'identità di Josef K. viene ripresa e sviluppata da più autori. Si veda, in particolare, Luis Gusmán, in *Kafkas* (Edhasa, Buenos Aires, 2014, p.17): “La inicial K es usada por Kafka en su libro *El proceso* donde le da al personaje el nombre de Josef K., paradigma de lo anónimo y víctima del poder burocrático”. Si veda, altresì, David Zane Mairowitz (Robert Crumb, David Zane Mairowitz, *Kafka*, op. cit., p. 100) che, nel fumetto di Kafka ideato

Scrive Kafka ne *I frammenti*:

Es kamen zwei Soldaten und ergriffen mich. Ich wehrte mich, aber sie hielten fest. Sie führten mich vor ihren Herrn, einen Offizier. Wie bunt war seine Uniform! Ich sagte: »Was wollt Ihr denn von mir, ich bin ein Zivilist.« Der Offizier lächelte und sagte: »Du bist ein Zivilist, doch hindert uns das nicht dich zu fassen.²²⁶ Das Militär hat Gewalt über alles.«²²⁷

Il frammento risale alla primavera del 1916, anno in cui la prima stesura de *Il processo* è già stata ultimata. Probabilmente, Kafka scrive quest'appunto con il proposito di apportare modifiche alle bozze del romanzo. In particolare, sembra volere rivedere una delle prime scene dell'opera, dove due funzionari, vestiti di nero, conducono K. al cospetto dell'ispettore. Si tratta di Franz e Willem, i due sorveglianti che vigilano K. e che si preoccupano di fargli assumere un aspetto presentabile, prima di scortarlo dinanzi al loro superiore.

In questa scena, li vediamo inveire contro K., ancora sonnambulo e incapace di rendersi conto della sconvenienza del suo abbigliamento – indossa ancora la camicia da notte – per l'incontro con l'ispettore: “»*Was fällt Euch ein?*«” [Cosa ti viene in mente?], li ascoltiamo gridare, “»*Im Hemd wollt Ihr vor den Aufseher? Er läßt Euch durchprügeln und uns mit!*«” [Volete comparire dinanzi l'ispettore in camicia? Vi farà bastonare e noi con voi].²²⁸ Che esista un parallelo tra i due soldati de *I frammenti* e i due sorveglianti de *Il processo* appare confermato da vari indizi: la limitazione della libertà personale di un civile, che viene condotto al cospetto di un ufficiale; il dettaglio dell'uniforme che risalta tanto nell'uno quanto

da Robert Crumb negli anni novanta, comincia così la versione animata de *Il Processo*: “D'ora in poi sarà K.”.

²²⁶ Ho preferito tradurre il verbo *fassen* con 'catturare', discostandomi così dalla traduzione italiana de *I frammenti* curata da Ervino Pocar, che traduce con 'arrestare' (si veda Franz Kafka, *Confessioni e diari*, a cura di E. Pocar, Mondadori, Milano, 1972, p. 835). Ho adottato un significato meno figurato, rispetto a quello utilizzato da Pocar, per due ragioni: il rinvio operato dal verbo ad un'apprensione materiale forte ed il suo frequente utilizzo nella lingua tedesca con riferimento alla cattura di animali. Mi è sembrato che in quest'accezione, il verbo contenesse un chiaro rimando all'epilogo de *Il processo*, dove K., dopo essere stato catturato come una bestia, muore come un cane.

²²⁷ [Vennero due soldati e mi agguantarono. Io opposi resistenza, ma loro mi trattennero. Mi condussero dinanzi al loro capo, un ufficiale. Com'era variopinta la sua uniforme! Dissi: «Cosa volete da me? Sono un civile». L'ufficiale sorrise e disse: «Sei un civile, ma questo non ci impedisce di catturarti. L'esercito ha potere su tutto».]. Così Franz Kafka, *Frammente aus heften und losen Blättern*, op. cit., p. 172

²²⁸ Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 18.

nell'altro episodio – a significare la presenza di un'autorità militare; il carattere pervasivo di questo potere militare che domina in ambedue i passaggi citati.

Sicuramente, ne *I frammenti*, Kafka diventa molto più esplicito, così quella che nell'incipit de *Il processo* è solo la traccia di un potere, quasi irriconoscibile, identificato da un “*kurze, abgehackte, militärische Schreien*”²²⁹ [grido breve, scandito, militaresco], si converte negli appunti nella presenza ingombrante di un ordine superiore che “ha potere su tutto”. Tuttavia, nello sviluppo del romanzo stesso, le manifestazioni di quest'ordine divengono sempre più evidenti. Infatti, nel terzo capitolo, dedicato alla prima udienza, troviamo un primo disvelamento della struttura di potere, che protetta dallo scudo del tribunale, penetra nel tessuto sociale, assumendo il controllo di ogni sua cellula: dietro questo tribunale, dice K., si trova “*eine große Organisation*”²³⁰ [una grande organizzazione] che recluta guardie, ispettori, giudici istruttori, magistrati, scrivani, uscieri, guardiani e persino boia per intentare nei confronti di persone innocenti un procedimento insensato.²³¹ L'immagine che da ciò scaturisce è quella di un'ampia e potente gerarchia di arconti, della quale è difficile valutare tanto l'estensione, quanto la potenza, e dentro la cui ragnatela si corre sempre il rischio di restare intrappolati.

Questa rappresentazione della macchina burocratica, in chiave oppressiva, non riflette però né l'opinione dei funzionari che la conducono e che da essa si lasciano condurre, né quella di Kafka che, in quanto narratore neutrale, non esprime alcun giudizio in merito. Essa riproduce, piuttosto l'opinione di K., la sensazione personale di sopraffazione che lo turba e lo indispettisce nella vicenda del processo. Di sè, i funzionari offrono, invece, un'altra realtà, dove ciò che K. scambia per oppressione, si presenta come interesse e preoccupazione per il suo caso. Ad esempio, il sorvegliante Willem discute con lui in modo amichevole, eppure, ciò non rientra nei suoi compiti, come egli stesso tiene a precisare. Anche il tribunale si dimostra premuroso. Fissa le udienze di domenica, per non intralciare l'attività professionale di K. e si dichiara altresì disponibile a tenere le udienze di notte, qualora ve ne fosse la necessità.

Non esiste, dunque, nella struttura narrativa del romanzo un punto di vista privilegiato, bensì un'avvicinarsi di posizioni contrarie intorno al medesimo

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ *Ivi*, p. 60.

²³¹ *Ivi*, p. 61.

oggetto, il diritto: K. ne sottolinea gli aspetti violenti e li mette sotto accusa;²³² i funzionari ne ricordano la sabiduria e la difendono.²³³ Questa alternanza di opinioni divergenti si iscrive, come ha precisato Walser,²³⁴ in un movimento dialettico non genuino. La sua rottura con lo schema classico della dialettica è

²³² Nel corso della prima udienza, K. attacca il procedimento seguito per il suo caso e racconta degli abusi realizzati nei confronti della sua persona da parte dei funzionari del tribunale: *“Was ich will, ist nur die öffentliche Besprechung eines öffentlichen Mißstandes. Hören Sie: Ich bin vor etwa zehn Tagen verhaftet worden (...). Ich wurde früh im Bett überfallen (...). Das Nebenzimmer war von zwei groben Wächtern besetzt. Wenn ich ein gefährlicher Räuber wäre, hätte man nicht bessere Vorsorge treffen können. Diese Wächter waren überdies demoralisiertes Gesindel, sie schwätzten mir die Ohren voll, sie wollten sich bestechen lassen, sie wollten mir unter Vorspiegelungen Wäsche und Kleider herauslocken, sie wollten Geld, um mir angeblich ein Frühstück zu bringen, nachdem sie mein eigenes Frühstück vor meinen Augen schamlos aufgegessen hatten. Nicht genug daran. Ich wurde in ein drittes Zimmer vor den Aufseher geführt. Es war das Zimmer einer Dame, die ich sehr schätze, und ich mußte zusehen, wie dieses Zimmer meinetwegen, aber ohne meine Schuld, durch die Anwesenheit der Wächter und des Aufsehers gewissermaßen verunreinigt wurde. Es war nicht leicht, ruhig zu bleiben. Es gelang mir aber, und ich fragte den Aufseher vollständig ruhig (...), warum ich verhaftet sei. Was antwortete nun dieser Aufseher, den ich jetzt noch vor mir sehe, wie er auf dem Sessel der erwähnten Dame als eine Darstellung des stumpfsinnigsten Hochmuts sitzt? Meine Herren, er antwortete im Grunde nichts, vielleicht wußte er wirklich nichts, er hatte mich verhaftet und war damit zufrieden”*. [Ciò che voglio è solo la pubblica discussione di una cattiva amministrazione pubblica. Ascoltino: sono stato arrestato circa dieci giorni fa (...). Sono stato aggredito a letto, di mattina presto. La stanza attigua era occupata da due guardie rozze. Se fossi stato un pericoloso rapinatore, non si sarebbero potute incontrare disposizioni migliori. Queste guardie erano per di più gentaccia senza morale, che mi ha riempito le orecchie con le sue cialtronerie, volevano farsi corrompere, volevano sottrarmi con l'inganno la biancheria e i vestiti, volevano del denaro per portarmi, si presume, la colazione, però dopo aver divorato spudoratamente la mia, sotto i miei occhi. E non è tutto. Sono stato condotto in una terza stanza, al cospetto dell'ispettore. Era la stanza di una signora, di cui ho molta stima, e ho dovuto assistere a come quella stanza a causa mia, ma non per colpa mia, venisse per così dire insudiciata dalla presenza delle guardie e dell'ispettore. Non è stato facile restare calmo. Però ci sono riuscito e ho chiesto all'ispettore, in assoluta tranquillità (...), perché ero in arresto. Cosa ha risposto quest'ispettore, che mi vedo ancora davanti, seduto sulla poltrona della signora di cui ho fatto menzione, come rappresentazione della superbia più ottusa? Signori miei, non ha detto praticamente nulla, forse non ne sapeva davvero nulla, mi aveva arrestato e con ciò era felice”. Cfr. Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., pp. 57, 58.

²³³ Nella scena dell'arresto, quando K. mette in dubbio la regolarità della procedura, esigendo l'esibizione di un mandato di cattura, i sorveglianti Franz e Willem lo rimproverano per la sua scarsa fiducia nel sistema, facendogli notare che le autorità superiori a cui sottostanno, prima di disporre un arresto, si informano bene sui motivi che lo giustificano e sulla persona dell'imputato: *“»Sie führen sich ärger auf als ein Kind. Was wollen Sie denn? Wollen Sie Ihren großen, verfluchten Prozeß dadurch zu einem raschen Ende bringen, daß Sie mit uns, den Wächtern, über Legitimation und Verhaftbefehl diskutieren? Wir sind niedrige Angestellte, die sich in einem Legitimationspapier kaum auskennen und die mit Ihrer Sache nichts anderes zu tun haben, als daß sie zehn Stunden täglich bei Ihnen Wache halten und dafür bezahlt werden. Das ist alles, was wir sind, trotzdem aber sind wir fähig, einzusehen, daß die hohen Behörden, in deren Dienst wir stehen, ehe sie eine solche Verhaftung verfügen, sich sehr genau über die Gründe der Verhaftung und die Person des Verhafteten unterrichten (...)”* [«Si comporta peggio di un bambino. Cosa vuole? Vuole che il suo grosso, dannato processo si concluda rapidamente, perché è con noi, i sorveglianti, che ha discusso di legittimazione e mandato d'arresto? Siamo impiegati di grado inferiore, i quali a malapena si intendono di documenti di identità e che non hanno niente a che fare con il suo caso, eccetto tener lei sotto sorveglianza dieci ore al giorno ed essere pagati per questo. Ciò è quanto siamo, tuttavia siamo in grado di intendere che le autorità superiori, a cui prestiamo servizio, prima di disporre un tale arresto, si informano bene sui motivi dell'arresto e sulla persona dell'arrestato (...)] Cfr. Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., pp. 14,15.

²³⁴ Cfr. Martin Walser, *Beschreibung einer Form*, Carl Hanser, München, 1961, p. 86.

dovuta all'assenza di una sintesi finale. Difatti, qui, l'opposizione tra tesi e antitesi non si risolve in una verità superiore che trascende l'antinomia, al contrario, resta sospesa, senza approdare a una conclusione. Più che un movimento verticale o orizzontale, ne genera uno circolare, che non ascende né discende, non avanza né indietreggia.²³⁵ Dentro questo cerchio, i personaggi kafkiani sono bloccati, costretti a ruotare gli uni intorno agli altri e a lubrificare invano gli ingranaggi di un processo che, in realtà, non procede.

2.6 La rottura della dialettica circolare per mezzo della violenza e il processo di fondazione del diritto moderno

La “*rotierenden Dialektik*”, di cui parla Walser,²³⁶ attraversa il romanzo dalla prima all'ultima pagina, ma si interrompe nelle ultime righe, quando K., sotto la lama di un coltello da macellaio a doppio taglio, non ha più diritto di replica. Dopo un anno di processo – di cui non si è mai conosciuta la natura, il capo di imputazione, l'istanza giudicante – è arrivata la sentenza, che K. non attende, perché nonostante le raccomandazioni dei funzionari a non sottovalutare il proprio caso, lui continua a credere di essere vittima di un malinteso, a cui, presto o tardi, qualcuno porrà rimedio. Anche negli ultimi istanti di vita, prima che due signori pallidi e grassi gli piantino un coltello nel cuore e lo girino due volte, K. continua a sperare: “War noch Hilfe?” [C'è ancora aiuto?], si chiede, “Gab es Einwände, die man vergessen hatte?” [Esistono obiezioni che sono state dimenticate?].²³⁷ Neppure in punto di morte, riesce a dare un senso alla vicenda che lo vede coinvolto in prima persona e la condanna gli risulta tanto più violenta e amara, quanto più lo coglie impreparato a riceverla: “»Wie ein Hund!«”²³⁸ [«Come un cane!»], dice prima di morire e guarda dritto negli occhi i suoi due boia. “(...) es war, als sollte die Scham ihn überleben”²³⁹ [(...) era come se la vergogna dovesse sopravvivergli], conclude Kafka.

Ma la vergogna di chi? Quella di K., per aver sperato nella salvezza sino alla fine, o quella del tribunale invisibile, che nei solai malmessi delle periferie di una

²³⁵ Ivi, p. 87.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ Cfr. Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 272.

²³⁸ Ibidem

²³⁹ Ibidem

grande città, ha preso una decisione senza preannunciarla? Probabilmente la seconda, dato che K. viene ucciso senza che gli sia stato garantito un giusto processo. Ci sono stati, infatti, un arresto, svariati abusi e un'esecuzione capitale, ma nessun procedimento valido dentro cui articolare e legittimare gli atti di un giudizio.

Forse, il vero processo comincia ora, alla fine di *Der Prozeß*, quando con un gesto di violenza estrema ha luogo la fondazione del diritto moderno. Bisognava 'divorare' letteralmente un'esistenza, quella di K., per generare un ordine nuovo ed era necessario farlo in nome della Legge, ma senza la Legge, perché questa doveva ancora venire. E la sua promessa – la rottura definitiva con la violenza indiscriminata – era così allettante da rendere irrilevante il mezzo impiegato per realizzarla. Non importava su quanti cadaveri si sarebbe edificato il suo progetto, perché la luce che essa avrebbe portato si prometteva così radiante da illuminare per sempre le tenebre, impedendo il ritorno alla con-fusione originaria tra il diritto e la violenza.

2.7 La tecnica del rovesciamento e il viaggio in senso inverso nella storia del diritto moderno, alla ricerca della verità originaria

Questa interpretazione di *Der Prozeß* si radica nel visibile rovesciamento a cui Kafka costringe la vicenda processuale di K. e a cui ricorre, a mio giudizio, per ripercorre, in senso contrario, l'evoluzione del diritto moderno – dalla sua massima espressione nello Stato di diritto al momento della fondazione.

Di questo capovolgimento, esistono passaggi documentati in tutto il romanzo: la vicenda processuale prende piede in uno Stato di diritto, ma si svolge in ambienti –solai, magazzini, cattedrali – dove il diritto è assente, o, perlomeno, così confuso con lo squallore, la violenza e la morale, da risultare invisibile; K. è in arresto, ma non esiste un mandato di cattura; tutte le leggi sono vigenti, ma segrete; la porta della legge è aperta, ma l'accesso è differito. Tutto sembra insensato e contraddittorio. In realtà, è solo rovesciato: il processo non è assurdo, ma invertito, regredito al suo stato originario, laddove l'uso della forza è giustificato dalla promessa di un nuovo diritto – un diritto che si propone di rompere l'unità della violenza e introdurre la differenza tra una violenza legittima e una illegittima. Circa la necessità di questa distinzione, scrive Girard:

Gli uomini (...) hanno bisogno di distinguere la buona dalla cattiva violenza; vogliono ripetere senza tregua la prima per eliminare la seconda. (...) Infatti, fintanto che il puro e l'impuro rimangono distinti, si possono persino lavare le macchie più grandi. Una volta confusi, non si può purificare più nulla.²⁴⁰

Il processo, solo in apparenza sconclusionato, ha, dunque, un senso: esso si presenta come un viaggio all'indietro nella storia del diritto moderno ed è ricerca della verità originaria e costruzione di una memoria dell'origine, una memoria che, come abbiamo già precisato, è impossibile fuori dalla letteratura. Per questo, Kafka la affida a K.: se i rappresentanti della legge si lasciano dipingere da Titorelli in atteggiamenti solenni, custodendo il segreto della loro discendenza, K., allora, deve redigere una “große Eingabe”²⁴¹ [corposa memoria] che sveli e lasci una traccia visibile dell'origine; se, cioè, gli arconti si impegnano a preservare il mito del loro alto lignaggio, tenendo nascosto il volto del capostipite, K. deve trovare quel volto, anche a costo di restare pietrificato dal suo sguardo.

3. Geometrie curve

3.1 Il simbolismo del corpo legato al rituale giudiziario

L'estetica del processo insegna che, dinanzi all'autorità giudiziaria, la figura dell'accusato può assumere distinte posture, le quali si riducono essenzialmente a due posizioni del corpo: lo stare in piedi e lo stare seduti.²⁴² Si tratta, dice Garapon, di un linguaggio dei gesti, associato alla funzione giudiziaria, che “risale a epoche remote”²⁴³ e che scandisce l'esperienza corporale del giudizio. Durante l'intero svolgimento del processo, il corpo dell'imputato si muove secondo una gestualità scrupolosamente predeterminata, quasi teatrale.²⁴⁴ Ad ogni istante, egli esegue dei movimenti obbligati, perché gli si dice cosa fare e come comportarsi:

²⁴⁰ René Girard, *La Violence et le sacré*, Bernard Grasset, Paris, 1972; tr. it. di Ottavio Fatica e Eva Czerkl, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, pp. 61, 62.

²⁴¹ Franz Kafka, *Der Prozeß*, op. cit., p. 158.

²⁴² Cfr. Antoine Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, op. cit., pp. 101, 102.

²⁴³ *Ivi*, p. 101.

²⁴⁴ *Ivi*, p. 102.

“Si alzi in piedi”, “Venga avanti”, “Si sieda”, “Si avvicini alla sbarra”, “Può ritirarsi”.²⁴⁵

Nel giudizio, la libertà di espressione fisica è preclusa e l'imposizione di determinate posture è funzionale al programma rieducativo del reo, che entra in azione sul corpo dell'accusato, per disciplinarlo, sin dall'istante in cui questi varca la soglia del tribunale. Viene trattato come un bambino, il quale deve, appunto, apprendere a situarsi nel mondo, secondo parametri prestabiliti.²⁴⁶ Lo stare in piedi esprime un'attitudine aggressiva: levarsi in piedi è consentito quando si deve affrontare qualcuno, quando occorre far valere le proprie ragioni, quando è necessario difendersi. Lo stare seduti simbolizza, invece, una predisposizione al dialogo: è opportuno sedersi quando la controparte espone la sua versione dei fatti, quando i testimoni depongono, quando il giudice chiede chiarimenti.²⁴⁷

3.2 Il rovesciamento del simbolismo del corpo in *Der Prozeß* e l'incurvamento della silhouette dell'accusato

In *Der Prozeß*, Kafka riprende questo simbolismo del corpo e lo mette in scena in varie occasioni, ma per rovesciarlo. Un primo capovolgimento si verifica nel quarto capitolo, subito dopo il racconto della prima udienza, a cui K. prende parte rispettando le “prescrizioni corporali”²⁴⁸ del rituale giudiziario – sta in piedi, dinanzi al giudice istruttore, e tiene la sua arringa in posizione eretta, dando le spalle ai presenti in aula. Ma, poco tempo dopo, nel corso di una seconda visita al tribunale, in assenza di una convocazione ufficiale, infrange il codice di gesti. Infatti, colpito da un' improvviso malessere, abbandona la posizione eretta e si accovaccia, disegnando con il proprio corpo una linea curva che, da questo momento in poi, sarà il suo segno distintivo e che culminerà nell'immagine con cui Kafka ce lo presenterà alla fine del romanzo – quella di un cane, ovvero di un uomo così piegato su se stesso, sotto il peso della legge, da aver assunto una posizione quadrupedica. È opportuno precisare che la trasgressione del codice non è volontaria, bensì favorita, in un certo senso, dal sistema giudiziario stesso. Più precisamente, è prodotta dal senso di oppressione che attanaglia gli accusati in

²⁴⁵ *Ibidem.*

²⁴⁶ *Ibidem.*

²⁴⁷ Cfr. Antoine Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, op. cit., pp. 103, 104.

²⁴⁸ *Ivi*, p. 102.

attesa di giudizio, nei corridoi del tribunale, e dall'aria malsana che circola negli stessi.

Un secondo capovolgimento ha luogo nel nono capitolo, in cui un cappellano del carcere racconta a K. la parabola della legge: qui, un uomo di campagna, che ha intrapreso un viaggio con l'obiettivo di esplorare gli interni della legge, si trova inizialmente in piedi, dinanzi alla legge ed al guardiano che ne vigila l'ingresso – egli tiene dunque, almeno in principio, il tipo di postura che ci aspettiamo assuma, al cospetto dell'Autorità –; ma, pochi istanti più tardi, dinanzi al divieto del guardiano di accedere immediatamente alla legge, lo vediamo sedersi, come chi, necessitando rilasciare la stanchezza causata dalla posizione eretta, sente il bisogno di un sostegno a cui affidare il peso del corpo. L'uomo di campagna, infatti, non può attendere il permesso d'entrare in piedi, perché i tempi dell'attesa non sono stati precisati dal guardiano e potrebbero essere piuttosto lunghi. In siffatti casi, restare in piedi risulterebbe controproducente, il corpo cederebbe presto alla fatica ed entrare nella legge senza energie non sarebbe possibile, dato che, dentro, vi sono altri guardiani, più potenti, con cui l'uomo di campagna dovrà misurarsi. Con il tempo, però, neppure lo stare seduti, stempera il logorio dell'attesa, così il protagonista del racconto assume un'altra postura, più comoda e consona alla situazione: reclina il capo e si inclina in avanti, per permettere al peso, che fluisce dalla testa ai piedi, di disperdersi anche lungo le braccia, alleviando il dolore alla schiena.

Sembra, dunque, che né K. né l'uomo di campagna – trasfigurazione del primo nella parabola raccontata dal cappellano – riescano a mantenere la posizione eretta. Ci sono delle forze nella legge, con la quale entrambi si confrontano, che invertono il simbolismo del corpo di cui parla Garapon, annullando tanto la posizione eretta, quanto quella seduta. In K., pare che l'inclinazione della schiena sia dovuta a più fattori, psicologici e ambientali: il non sapere ciò di cui si è accusati; l'avvilimento della ricerca vana; l'imprevedibilità delle mosse dei rappresentanti della legge; le leggende sul processo; le divise nere come la morte; lo spettro della condanna capitale; la ristrettezza delle sale del tribunale; l'affollamento delle stesse; la presenza di poche finestre, l'aria viziata. Nell'uomo di campagna, invece, la posizione curva appare dovuta ad un solo fattore: l'attesa interminabile dinanzi alla porta della legge.

Tenendo conto delle circostanze psicologiche che provocano l'incurvamento dell'accusato, sembrerebbe che le forze, attraverso cui si manifesta la legge in *Der Prozeß*, siano forze di repressione di desideri inesaudibili: K. vuole conoscere la sua colpa, ma il tribunale non soddisfa la sua richiesta, perché la procedura giudiziaria è segreta; l'uomo di campagna, dal suo canto, aspira ad entrare nella legge, ma il guardiano gli vieta l'ingresso, perché, nell'immediato, l'accesso non è consentito. A giudicare, invece, dagli elementi ambientali che contribuiscono ad inclinare la figura dell'imputato, sembrerebbe che la legge, in Kafka, si esprima anche per mezzo di altre forze, ben più concrete ed efficaci delle prime – la segregazione e l'esclusione: K. viene condotto in spazi chiusi, dove teoricamente dovrebbe fare esperienza della legge, ma, in realtà, ciò che vive è l'esilio giudiziario – lo stare dentro coincide esattamente con l'estromissione dalla legge; anche l'uomo di campagna vive lo stesso esilio di K. – in apparenza, non rinchiuso in alcuno spazio circoscritto, nella realtà, si trova nell'anti-sala della legge, dove l'attesa indefinita equivale ad un allontanamento dal giuridico.

Forse, e avanzo qui un'ipotesi, la legge con cui entrano in contatto K. e la sua controfigura, l'uomo di campagna, non c'è ancora e sarebbero proprio la sua assenza e la sua promessa insieme ad incurvare l'accusato, tanto negli edifici creati per ospitare la legge che deve ancora venire, quanto nelle sale d'attesa dove i guardiani ripetono ai clienti “non ora”, “non adesso”. Scrive Derrida:

Il presunto soggetto di questo performativo puro non sarebbe più davanti alla legge, o piuttosto sarebbe davanti a una legge ancora indeterminata, davanti alla legge come davanti a una legge ancora inesistente, una legge ancora a venire, ancora davanti e di là da venire. E l'essere «davanti alla legge» di cui parla Kafka assomiglia a questa situazione nello stesso tempo ordinaria e terribile dell'uomo che non riesce a vedere né soprattutto a toccare, a raggiungere la legge: perché essa è trascendente nella misura stessa in cui è lui che deve fondarla, come a venire, nella violenza.²⁴⁹

Questa legge, a cui ci introduce Kafka, è una realtà che non si è ancora prodotta, dinanzi alla quale non si può stare in piedi per difendersi o seduti ad ascoltarne le ragioni – è la promessa, il sogno di un ordine che sta preparando la sua venuta, ma che, tuttavia, non c'è.

²⁴⁹ Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 103.

Ora, se, da un lato, è questa promessa a generare in K. e nell'uomo di campagna un desiderio insaziabile, che li abbatte sul piano psicologico; dall'altro, è una realtà ben diversa quella che li incurva materialmente, sul piano fisico. Si tratta della procedura di segregazione e di esclusione, a cui ho accennato, la quale opera, in concreto, nello scarto temporale che precede la venuta della legge ed è espressione della violenza del potere sovrano. Di questa violenza che, senza legge, ma per la legge, edifica il diritto moderno, sembra volerci parlare Kafka con i suoi repentini capovolgimenti. Rovesciando, infatti, la tradizionale geometria del corpo, egli ci mette d'avanti, ancora una volta, a un mondo giuridico originario, dove l'attività giudiziaria è regolata da “forze preistoriche” (*vorweltlichen Gewalten*)²⁵⁰, sotto il cui carico la silhouette dell'accusato si inarca.

Tornando indietro, verso l'origine, e ricostruendo una memoria che è andata perduta, Kafka ci restituisce la visione di un passato caduto nell'oblio, non per riattivarlo, ma per pietrificarlo in un'immagine, nella quale il diritto moderno possa osservarsi nei momenti di crisi, quando il pericolo di ricaduta nella violenza indiscriminata è in agguato e adottare contromisure per evitarlo si fa necessario. In questo senso, nel fotogramma finale di *Der Prozeß* – dove si vede il sangue che sgorga dalla decisione sovrana con cui si istituiscono gli ordinamenti giuridici contemporanei – esiste un invito a riflettere sulla ferita che l'istituzione ha inferto alla società, una ferita ancora aperta, da cui esala un forte odore di ferro, che rischia di stimolare un desiderio inverso, quello di un ritorno alle armi. Per soffocare questa voglia, il diritto deve pulire regolarmente l'antica ferita e coprirla, affinché non imputridisca, contaminando l'aria e riaccendendo l'appetito della violenza. Proprio a quest'attività di 'sterilizzazione' e 'bendaggio' sembra riferirsi Kafka, quando scrive nei *Diari*, che fra le grandi pietre della legge c'è del sangue, ma si trova nascosto negli interstizi, assorbito – messo in quarantena, per evitare il contagio.²⁵¹

3.3 La geometria curvilinea e la rappresentazione del rapporto dell'uomo con il diritto moderno, al momento della fondazione

²⁵⁰ L' espressione “forze preistoriche” appartiene a Benjamin, che la utilizza per descrivere gli impulsi che danno vita alle creature kafkiane. Cfr. Walter Benjamin, *Das bücklicht Männlein*, in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, Band II-2, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, pp. 426, 427.

²⁵¹ Cfr. Franz Kafka, *Tagebücher 1910-1923*, in F. Kafka, *Gesammelte Werke*, Herausgegeben von Max Brod, Fischer, Frankfurt am Main, 1951, p. 555.

In *Der Prozeß*, il progressivo incurvamento delle forme è un processo totalizzante, che si propaga a macchia d'olio, investendo non solo la *silhouette* dell'accusato, ma l'intera realtà del romanzo – dai protagonisti agli ambienti.

Come ha notato Benjamin, nel suo saggio sullo scrittore praghese, *Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages*, la letteratura kafkiana è popolata da una lunga serie di figure curve, ricollegabili all'archetipo della deformità: il gobbo (*dem Buckligen*).²⁵² Ed infatti, nell'opera di Kafka, non esiste gesto più frequente di quello dell'uomo che flette profondamente il capo, sotto il peso di forze primitive: curvo è K. quando, in ufficio, piegato sulla scrivania, cerca di scrivere la corposa memoria che dovrebbe scagionarlo; curvi sono anche i due uomini che K. incontra nel magazzino della banca, che inizialmente non riconosce e che scopre poi essere i due sorveglianti che irruperono nella sua camera d'albergo, il giorno dell'arresto, sottraendogli la colazione e la biancheria; curvo è il bastonatore, il funzionario del tribunale, incaricato di punire i sorveglianti corrotti denunciati da K.; in posizione curva sta l'avvocato Huld quando beve il tea servitogli dalla segretaria Leni; curva appare la signorina Bürstner quando ascolta il resoconto dell'arresto; con il capo chino sta il cappellano del carcere nel momento in cui tiene la sua predica; curvo, infine, è anche l'uomo di campagna, negli ultimi anni di attesa dinanzi alla porta della legge.

Tuttavia, nei racconti di Kafka, a deformarsi, sotto il tratto di una curva, non sono solo i personaggi, ma anche gli scenari in cui questi ultimi agiscono: il soffitto dell'aula del tribunale, dove si svolge la prima udienza del processo, sembra avere la forma di una cupola, dato che, sotto, vi corre una inusuale galleria, lungo la quale gli occupanti possono starvi solo con un cuscino adagiato dietro la nuca, per evitare di ferirsi, urtando contro la parete; e ancora, nel duomo, il cappellano del carcere si rivolge a K. da un piccolo pulpito, la cui volta di pietra comincia insolitamente in basso e si inclina talmente tanto mentre si leva verso l'alto che il sacerdote non può starvi ritto, ma è costretto a sporgersi stabilmente dal parapetto.

²⁵² Cfr. Walter Benjamin, *Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages*, in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften, Aufsätze, Essays, Vorträge*, Band II, 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 431.

Pertanto, in Kafka, la costruzione di linee curve sembra rispondere più ad un vero e proprio progetto geometrico e meno ad una semplice deformazione dei corpi, come vorrebbe Benjamin. Tracciando curve sui piani più disparati, lo scrittore praghese divide lo spazio in due regioni: una esterna, senza margini, aperta e luminosa; e una interna, delimitata da un arco, chiusa e meno illuminata. Nessuno dei protagonisti di *Der Prozeß* abita la regione esterna. Tutti, rappresentanti della legge compresi, si muovono nello spazio interno creato dalla curva. L'universo esterno, tendenzialmente infinito, è il regno della legge, a cui K. e gli arconti sono destinati, ma nel quale non gli è ancora permesso ascendere. La curva rappresenta l'impedimento materiale. Solo evadendola o aprendo un varco in essa, si può arrivare alla legge; in caso contrario, si resta dentro i templi edificati in suo nome, ma privi della sua presenza. Per questo K. cerca sempre delle finestre nel palazzo di giustizia. Esse simboleggiano la possibilità di un contatto con la legge, rappresentano i punti di apertura sparsi lungo la curva, che, sebbene non consentano un vero e proprio attraversamento – un passaggio al regno della legge – ne permettono, quanto meno, la contemplazione.

La geometria curvilinea, a cui Kafka ricorre per rappresentare il rapporto dell'uomo con il diritto moderno, reca i segni della violenza, non solo perché divide il giuridico dall'umano, ma, ancor più, perché pone il primo in una dimensione superiore ed inaccessibile e circoscrive il secondo dentro uno spazio basso e arcuato, governato da 'fuori-legge' e destinato al tormento.

Con questa organizzazione dell'ambiente di *Der Prozeß*, Kafka ci ricorda che il diritto moderno, all'origine, non ha ancora quella struttura circolare di cui si doterà con il tempo, eseguendo un movimento rotatorio intorno al proprio asse e racchiudendo in unico spazio il giuridico e l'umano. Nel momento fondante, di questa rotazione del diritto intorno a sé, si avvertono solo l'impulso motore – la violenza creatrice – e il primo segno del movimento – la linea curva. Non si vede nient'altro: la legge è la promessa, ma non c'è ancora; il soggetto di diritto è in costruzione, ma non esiste ancora come tale.

Dunque, tracciando una curva, sotto il cui tratto l'uomo appare piegato, Kafka ci rammenta che prima che si stringa il sodalizio tra il giuridico e l'umano, destinato a liberare la società dalla violenza indifferenziata, se ne crea uno ben più forte, quello tra il diritto e la violenza, diretto all'istituzione di un ordine che introduca e mantenga la differenza tra la 'buona' e la 'cattiva' violenza. Così se nel

punto finale della curva, vediamo lo Stato di diritto, come lo conosciamo, con le sue procedure e le sue garanzie, nel punto di origine della stessa, scopriamo, invece, la violenza del progetto fondante, con il suo arbitrio e il suo ricorso smisurato alla forza. In questo senso, la vicenda processuale di K., che si conclude con il suo assassinio per mano di due sicari del tribunale, può essere letta come una metafora della violenza fondante del diritto moderno – un'immagine del sangue con cui si scrive la storia della sua fondazione.

3.4 La tensione creata dalla linea curva e la sua insuperabilità

Dentro la curva, l'uomo kafkiano appare deformato sotto la tensione di forze contrarie: una, alimentata dalla promessa della rottura con la violenza indiscriminata, lo spinge in avanti; l'altra, sorretta dal desiderio di mantenere il nuovo ordine, lo riporta indietro, verso il fondamento. In questo movimento deformante, che non produce la semplice alterazione momentanea o permanente della forma, bensì l'instabilità della stessa, sta l'uomo moderno, incapace di riconoscersi in un'identità fissa; nello stesso istante 'soggetto al diritto' e 'soggetto di diritto', egli vacilla tra una forma che lo raffigura come sottoposto agli ordini di un'autorità che si impone con la forza ed una che lo presenta come titolare di diritti e obblighi, che interloquisce con un potere democratico. Evadere la curva, e sottrarsi alla tensione che essa crea, è tanto rischioso, quanto eludere il paradosso su cui si fonda il diritto moderno, che è, al tempo stesso, un meccanismo di controllo e di cura della 'cattiva violenza', e uno dei fruitori più avidi della violenza assoluta, a scopo istitutivo.

In uno dei racconti, che fa parte della raccolta di frammenti intitolata *Egli*, Kafka sembra accennare a questo rischio, quando parla di una "linea di combattimento" (*Kampflinie*), dove una terza persona singolare, egli, appunto, si trova coinvolta nello scontro tra due forze equipotenti contrarie. Il sogno di egli sarebbe quello di sottrarsi alla battaglia, ma per far questo, dice Kafka, ci vorrebbe "una notte buia come non è mai stata".

Er hat zwei Gegner: Der erste bedrängt ihn von hinten, vom Ursprung her. Der zweite verwehrt ihm den Weg nach vorn. Er kämpft mit beiden. Eigentlich unterstützt ihn der erste im Kampf mit dem Zweiten, denn er will ihn nach vorn

*drängen und ebenso unterstützt ihn der zweite im Kampf mit dem ersten; denn er treibt ihn doch zurück. So ist es aber nur theoretisch. Denn es sind ja nicht nur die zwei Gegner da, sondern auch noch er selbst, und wer kennt eigentlich seine Absichten? Immerhin ist es sein Traum, daß er einmal in einem unbewachten Augenblick – dazu gehört allerdings eine Nacht, so finster wie noch keine war – aus der Kampflinie ausspringt und wegen seiner Kampfeserfahrung zum Richter über seine miteinander kämpfenden Gegner erhoben wird.*²⁵³

Lo scenario in cui si svolge il racconto è un campo di battaglia, dove le forze del passato e del futuro si scontrano, cercando di annientarsi vicendevolmente, con la stessa energia e intensità.²⁵⁴ Nel centro della linea di combattimento sta un uomo, che Kafka chiama “egli” (*er*), il quale compete con ambedue le forze e viene sostenuto da ciascuna nella lotta contro l'altra. Si verificano, dunque, sullo stesso fronte, più contese: quella tra gli avversari di “egli” e quella di “egli” – l'uomo che sta in mezzo – con i suoi nemici.²⁵⁵ L'esistenza di questa lotta, scrive Hannah Arendt, sembra la si debba, in modo esclusivo, alla presenza dell'uomo, in assenza del quale, probabilmente, le forze del passato e del futuro si neutralizzerebbero o distruggerebbero mutuamente.²⁵⁶ Solo perché l'uomo è inserito dentro il tempo e solo nella misura in cui vi si mantiene fermo, il flusso indifferente della temporalità si divide in tappe.²⁵⁷ Sul corpo umano, si inscrivono le promesse del passato e le sfide del futuro, e, senza di esso, costruire un 'prima', un 'dopo' e un 'adesso' sarebbe impossibile.

Però Kafka non sta parlando, qui, come vorrebbe la Arendt, di un prima ed un dopo generici, né di un uomo qualsiasi. Il prima e il dopo, a cui fa riferimento, sono l'origine e lo sviluppo del moderno, ed “egli” è palesemente un uomo della

²⁵³ [Egli ha due avversari: il primo lo pressa da dietro, dall'origine. Il secondo gli taglia la strada davanti. Egli combatte con entrambi. In realtà, il primo lo sostiene nella lotta col secondo perché vuole spingerlo avanti, e allo stesso modo lo soccorre il secondo nella lotta col primo perché lo spinge indietro. Questo però solo in teoria, poiché non ci sono soltanto i due avversari, ma anche lui stesso, e chi conosce esattamente le sue intenzioni? Certo sarebbe il suo sogno uscire, in un momento non osservato – è vero che per questo ci vuole una notte buia come non è stata mai – dalla linea di combattimento e per la sua esperienza nella lotta essere innalzato a giudice dei suoi avversari che combattono tra loro]. Così Franz Kafka, *Er*, in F. Kafka, *Gesammelte Schriften, Beschreibung eines Kampfes, Novellen, Skizzen, Aphorismen aus dem Nachlass*, Herausgegeben von Max Brod, Band V, Schocken Books, New York, 1946, p. 287.

²⁵⁴ Cfr. Hannah Arendt, *Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York, 1961, p. 10.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ivi*, p. 11.

modernità, un uomo “sotto le ruote” (*unter den Rädern*),²⁵⁸ dice Kafka, ovvero un essere spogliato dell'individualità, denudato dei suoi tratti peculiari, livellato dalla macchina burocratica, che si muove sul suo corpo e che lo converte in una entità astratta – il soggetto di diritto – per renderlo partecipe di una realtà alla quale egli, in concreto, non partecipa. Nel sistema, “egli” è sì incluso come persona, ma escluso come individuo. Ciò che interloquisce con il nuovo potere non è l'uomo, ma la persona, la categoria giuridica che è stata creata per mettere da parte e controllare la componente irrazionale dell'umanità, il suo istinto, per così dire.

Ciò che chiamiamo uomo moderno, sembra dire Kafka, è una terza persona singolare che vive una crisi di identità forte, da cui vorrebbe uscire, ma nella quale resta perché sa bene che il prezzo da pagare per ritrovare se stesso è troppo alto.

La condizione paradossale dell’“egli” kafkiano è il prodotto di un'altra realtà paradossale, quella del diritto moderno. Entrambi alimentano e vivono la contraddizione dell'origine– da cui sorgono – senza però uscirne, perché uscire dalla linea di combattimento, dalla tensione che essa crea, richiede, dice Kafka, “una notte buia come non è stata mai”.

Il diritto potrebbe farla finita con la violenza assoluta su cui si fonda, ma a costo di perdere il controllo su di essa e lasciare la società in balia della forza bruta; l'uomo, dal suo canto, potrebbe riappropriarsi della sua individualità, cessare di essere un animale addomesticato, rinchiuso in categorie che hanno la funzione di omologarlo e disciplinarlo, ma al costo di ritrovarsi dentro un ordine ben più uniformante del giuridico, quello della violenza indifferenziata, per cui un individuo si converte in un corpo tra tanti. Per questo né “egli”, né le forze avversarie abbandonano il campo di battaglia. La loro stretta al collo è anche la loro salvezza.

4. Seduti davanti alla Legge, a contemplare la violenza dell'origine

4.1 Della contemplazione che precede il pensiero

²⁵⁸ Franz Kafka, *Er*, op. cit., p. 287.

Il processo è probabilmente uno dei romanzi più profondi, mai concepiti, sul tema del diritto moderno. La genialità del testo non risiede nel messaggio – aperto a più interpretazioni, tutte possibili –, ma nell'esperienza in cui coinvolge il lettore, il quale sente sulla propria pelle l'impossibilità di un mondo privo di simboli, di un universo senza legge.²⁵⁹ Provata l'angoscia di un mondo al di qua della norma, di una giustizia confusa, fatta di immagini dissociate, folli e tuttavia legate tra loro da inquietanti affinità, ciò che egli vive non è l'esperienza dell'assurdo nel processo o dell'arbitrarietà delle regole, bensì il brivido che corre lungo la schiena per l'assenza di regole, l'inquietudine nel vedere la vita fluire incerta, dentro un universo precedente la rottura originaria, scandito dalle contraddizioni che preparano e rendono possibile la fondazione del diritto moderno.²⁶⁰

Di una siffatta esperienza, il lettore è vittima e testimone, al tempo stesso,²⁶¹ dato che la sua immaginazione viene stimolata ad un punto tale da fargli vivere in prima persona la vicenda di K.: egli si introduce nella sua realtà, ne vive i cortocircuiti, le ambiguità, le preoccupazioni e si lascia affaticare dalle stesse pene che straziano K. e proprio perché sperimenta così da vicino la sciagura del protagonista, egli può testimoniarla in modo diretto. Tuttavia, la sua testimonianza, per essere veritiera, non può constare di sole parole, ma va arricchita con i gesti, ovvero con quei movimenti del corpo che il lettore ha immaginato sfogliando le pagine del libro e che gli hanno permesso di farsi un'idea globale dell'evento. Omettendo i gesti, egli amputerebbe, in modo consistente, il potenziale esplicativo dell'evento, riducendolo ad un costrutto logico, privo di carica emotiva e, pertanto, dimentico della sua origine e delle informazioni contenute nel momento originario. Difatti, l'esperienza di un evento, ancor prima di aggredire la sfera razionale – dove viene organizzata in modo logico, per essere destinata alla discorsività, perdendo così molte delle informazioni captate sensorialmente ed irriproducibili nella forma del pensiero logico-razionale –, passa per il corpo, che reagisce incoscientemente all'insieme di stimoli provenienti dall'esterno, avvertendoli tutti in un'unica frazione di tempo, seppur in modo confuso e globale.

²⁵⁹ Cfr. Antoine Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, op. cit., p. 243.

²⁶⁰ *Ivi*, pp. 243, 244.

²⁶¹ *Ivi*, p. 244.

Dunque, per testimoniare la vicenda di K., in tutta la sua complessità, non bastano le parole, servono anche i gesti e il potenziale informativo del loro non-detto; ma servono anche i quadri che appaiono ripetutamente nel romanzo e che K. contempla per intendere meglio l'universo giuridico in cui è stato trascinato – come il dipinto della giustizia su cui lavora Titorelli. Per questo, le posture del suo corpo e le riproduzioni artistiche che osserva (quadri, fotografie, opere architettoniche) sono tanto importanti quanto l'ansia e l'angoscia che dice di sentire, e lo squallore che dice di vedere. Per capire K. e il mondo originario in cui vive, occorre attivare tutti i sensi, in particolar modo la vista, e fermarsi a sentire e contemplare anziché a pensare.

A darci istruzioni in questo senso, è Kafka stesso, il quale ci comunica l'esperienza processuale di K. ricorrendo a tropi, soprattutto metafore, da cui il discorso logico-razionale ne risulta stremato. Essi sono il segno della necessità di un ritorno alla conoscenza originaria, fatta di immagini e non ancora filtrata dalla ragione; una conoscenza che sperimenta una dipendenza molto forte dall'altro, che lo necessita per costruire il reale, non potendosi ancora affidare ad un sapere già organizzato e fruibile, nella misura in cui condiviso e adottato da una data comunità. Senza questo ritorno, la verità sul diritto positivo è compromessa; senza una memoria della sua origine, ciò che resta sono solo gli inganni necessari della scienza giuridica moderna, la quale, poggiando su un sapere sistematizzato nel rispetto di regole come la coerenza, l'organicità e la non-contraddizione, non può presentare le impurità, le co-implicazioni e i paradossi dell'origine.

Ma per tornare indietro, per riprodurre questa realtà originaria, occorre utilizzare strumenti di rappresentazione adeguati, i quali non la vincolino a forme storicamente determinate, che, in quanto successive al momento originario, la falsano. In questa direzione, il linguaggio ordinario è poco funzionale; utile nella comunicazione quotidiana, poiché preciso e ben ancorato alla realtà esterna, non lo è, invece, nella prospettiva kafkiana, che si situa in una dimensione originaria, dove distinzioni come esterno/interno, prima/dopo, non sono state ancora formulate, dove mancano, dunque, punti di riferimento e tutto si confonde con tutto. In questa dimensione, occorrono quelle che Kafka chiama *Sinnbilder* «immagini che hanno significato»,²⁶² le quali aiutano il lettore e soprattutto il

²⁶² Così Calasso citando Kafka. Cfr. Roberto Calasso, *K*, op. cit., p. 135.

teorico del diritto a situarsi nel momento originario, laddove la scienza giuridica, con il suo sapere già acquisito, non permette di attardarsi. Secondo Günther Anders, la trasformazione, tipicamente kafkiana, di «processi» in «immagini» è dimostrata dalla sintassi dei suoi romanzi, che, silenziando il verbo, provoca un blocco nell'articolazione del messaggio e annulla la temporalità in cui esso andrebbe costruito.²⁶³ Ad esempio, continua Anders, *Nella colonia penale*, dove si parla di una «macchina della morte» e si evita di dire che «le macchine sono mortali», vengono evocate due immagini differenti, la macchina e la morte, che non sono risolvibili nel messaggio concreto e storicamente determinato – il carattere mortale delle macchine – a cui rinvia, invece la seconda espressione.²⁶⁴

Dato l'utilizzo costante di immagini da parte dello scrittore praghese, si può ipotizzare che, per egli, l'unico strumento idoneo a comprendere la questione dell'origine del diritto moderno sia, proprio, una letteratura per immagine. Come ha sottolineato Calasso, la conoscenza, in Kafka, implica che venga evocata un'immagine e di essa va subito riconosciuto che è soltanto un'immagine.²⁶⁵ Per superarla, per andare oltre, occorre sostituirla con un'altra immagine.²⁶⁶ E ciò all'infinito. Il processo è inarrestabile perché non esiste immagine di cui non si possa dire che è soltanto un'immagine.²⁶⁷

4.2 Il volto ibrido della Legge

Come ha scritto Garapon, *Der Prozeß* “può considerarsi un *immaginario del processo* nel duplice senso di repertorio di immagini (...) e di esperienza al di là della ragione”.²⁶⁸ Tuttavia, il romanzo non è volutamente carico di immagini, non è volutamente ambiguo e non è volutamente metafora inesauribile. Esso ricorre alle immagini – fonte di ambivalenza e significazione multipla – non in virtù di un'attrazione estrema verso l'inconcluso, ma in ragione di una necessità dettata dall'universo originario in cui gravita. La ricerca della verità dell'origine del diritto moderno, a cui Kafka lo dirige, lo riporta indietro, in un mondo amorfo, dove, in assenza della Legge, è impossibile fare e pensare la differenza. In questo regno

²⁶³ Cfr. Günther Anders, *Kafka pro e contro. I documenti del processo*, op. cit., p. 85

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Roberto Calasso, *K*, op. cit., p.140.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Antoine Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, op. cit., p. 244.

dell'indistinto, in cui non esistono ancora forme delimitate perché mancano i criteri per tracciare i contorni delle stesse, tutto è contiguo e illimitato. Non ci sono confini che delimitino gli interni dagli esterni o una categoria dall'altra.²⁶⁹ Così Kafka, che vuole parlare dell'origine, è costretto a confrontarsi – e costringe i suoi personaggi a confrontarsi – con questa realtà ambigua, dove il volto della legge non si distingue ancora da quello dello squallore, della violenza o del desiderio di potenza.

Diversi passaggi del romanzo provano questo confronto. Una prima testimonianza è presente nel terzo capitolo, dove K., recatosi sul posto del suo primo interrogatorio, deve trovare la sede del tribunale, non essendogli stata comunicata la direzione esatta. Egli crede di poter riconoscere il tribunale da qualche tratto peculiare – come la maestosità dell'edificio, l'imponenza del cancello d'entrata, la presenza di statue – che lo distingua da altri luoghi comuni. Invece, nella Julius Strasse, dove dovrebbe sorgere il palazzo di giustizia, egli vede, ad ambo i lati, case quasi uniformi, alte, grigie e abitate da povera gente. In questo contesto, differenziare un edificio da un altro è difficile e la speranza di K., di incontrare il tribunale facendo affidamento sugli elementi architettonici che tradizionalmente lo contraddistinguono, deve scontrarsi con l'inutilità di questo sapere storicamente acquisito nel mondo originario in cui si svolge il suo processo. Del fasto dei tribunali, di cui si parla nei manuali di storia dell'architettura giudiziaria, non c'è qui alcuna traccia e lasciarsi orientare da questo simbolismo è inutile, oltretutto ridicolo.

Un seconda testimonianza si situa nel quinto capitolo, dedicato alla punizione dei sorveglianti corrotti, denunciati da K.. Qui, l'indistinto opera a più livelli: in primo luogo, K. non ha denunciato regolarmente Franz e Willem, li ha solo accusati di corruzione nell'aula dove si è tenuta la sua prima udienza, ma pare che il tribunale non faccia distinzione tra lo sfogo liberatorio di K., indignato dalla condotta dei funzionari, e la regolare denuncia che K. stesso non è arrivato a sporgere; in secondo luogo, punire gli accusati in un magazzino della banca, dove Josef presta servizio e dove qualsiasi impiegato potrebbe accedere, assistendo all'orribile spettacolo, non è poi così diverso dall'infliggere la pena in luoghi appositamente adibiti a ciò; e, da ultimo, esercitare violenza sul corpo dei

²⁶⁹ *Ivi*, p. 249.

colpevoli, picchiandoli ripetutamente con una bastone, non sembra differire dal punire secondo giustizia.

Una terza testimonianza, la più incisiva, si trova nel settimo capitolo, in cui il volto di *Dike*, riprodotto in un dipinto dal pittore Titorelli, ospita più realtà, teoricamente distinte, come la vittoria, la caccia e la giustizia, ma stranamente riunite in un'unica immagine che non possiede ancora il ricordo della loro differenza. Osservando il quadro, K. fa notare, al suo autore, che l'idea di rappresentare la giustizia con le ali ai talloni non è buona; la giustizia dovrebbe star ferma per evitare l'oscillazione della bilancia, il cui equilibrio simbolizza la giustezza del verdetto. Tra l'altro, osserva K., raffigurata nel gesto di correre, Dike somiglia più alla dea della caccia che non a quella della vittoria. Ma Titorelli, gli spiega che, vi veda quel che vi veda, così gli era stato chiesto di ritrarla e, non da un committente qualsiasi, bensì da un giudice della Corte.

Si potrebbe continuare con l'elenco delle circostanze in cui K. ed altri protagonisti del romanzo sperimentano il carattere piatto, opaco e indistinto del mondo che popolano, ma si rischierebbe di dilungarsi troppo, dato che, come ha osservato Garapon, l'intero testo può essere letto come un esperimento di non razionalizzazione degli spazi e delle figure.²⁷⁰ Difatti, in *Der Prozeß*, tutto è estraneo alla più elementare sistematizzazione: gli ambienti esterni si confondono con quelli interni, lo spazio pubblico con quello privato, gli uomini della legge con i fuori-legge, gli innocenti con i colpevoli. Tuttavia, questa mancanza di razionalizzazione non va interpretata, come vorrebbe Garapon, nella forma di un invito a meditare sulla funzione simbolica del diritto, sulla necessità di procedere per distinzioni, a iniziare dai luoghi.²⁷¹ Essa non è per Kafka semplicemente la versione 'cattiva' del diritto, da sostituire con quella 'buona' che utilizza distinzioni. Seppur tetra e minacciosa, essa è consustanziale al diritto moderno, gli dà i natali e gli appartiene tanto quanto la successiva razionalizzazione, con cui esso si presenta dal momento della fondazione in poi.

Pertanto, riprodurre questa realtà, attraverso un esperimento letterario, non significa, per Kafka, avvertire il lettore della bontà delle distinzioni – o, perlomeno, non si riduce solo a questo. La sua vocazione, più che quella di un critico del diritto che non sa distinguersi dalla violenza, è quella di un pittore, che

²⁷⁰ Cfr. Antoine Garapon, *Del giudicare*, op. cit., p. 247.

²⁷¹ *Ivi*, pp. 248, 249.

dipinge con tratti indistinti per creare un'immagine veritiera del diritto moderno, che includa la violenza come suo momento originario e condizione di possibilità. Questa inclinazione non converte Kafka in un sostenitore dei regimi totalitari, come hanno sostenuto alcuni autori.²⁷² Egli non ha voluto essere né un critico di determinate ideologie né un difensore di altre, bensì ha cercato di costruire la memoria di un momento – l'origine del diritto moderno – che la teoria del diritto non sapeva e non poteva formulare.

Per intendere Kafka, dice Calasso, bisogna prenderlo alla lettera²⁷³ e la lettera va colta in tutta la sua potenza.²⁷⁴ Così quando il cappellano del carcere dice che tutto appartiene al tribunale, vuole esattamente dire che tutto – la lussuria, la corruzione, la violenza, il potere – fa parte del tribunale e quando K. dice di vivere in uno Stato di diritto, dove regna la pace e tutte le leggi sono in vigore, vuole dire proprio ciò che dice. Non c'è contraddizione, ma co-implicazione di più realtà che, all'origine, non hanno ancora avuto il tempo di tracciare i loro confini.

4.3 *Der Prozeß*: una memoria dell'origine violenta del diritto moderno

La letteratura kafkiana, che non ama parafrasarsi attraverso proposizioni e che, iniziando con una metafora, si dedica a potenziarla senza mai abbandonarla,

²⁷² Ad aver avanzato quest'idea, negli anni cinquanta, dunque, a pochi anni di distanza dalla fine del secondo conflitto mondiale, è stato Günther Anders, nel suo *Kafka pro und contra. Die Prozeß-Unterlagen* (op. cit.), sostenendo l'esigenza di combattere alcuni germi disseminati nell'opera kafkiana, che legittimerebbero, consapevolmente o no, la sorte del popolo ebraico nel secolo passato. Ora, sebbene l'opera di Anders contenga delle buone intuizioni intorno alla poetica di Kafka, per questa sua affermazione, ha attirato su di sé una forte diffidenza, impedendo un'analisi e uno sviluppo ulteriore delle riflessioni in essa avviate.

²⁷³ Cfr. Roberto Calasso, *K*, op. cit., pp. 35, 36.

²⁷⁴ Come ha notato Helmut Hiebel, alla tendenza alla connotazione corrisponde, in Kafka, la tendenza alla letteralità. Difatti, l'uso ininterrotto della metafora, che si inserisce in un processo auto-generativo senza fine, implica una materializzazione di ambedue le realtà evocate dalla metafora (Cfr. Hans Helmut Hiebel, *Die Zeichen des Gesetzes. Recht und Macht bei Franz Kafka*, Wilhelm Fink Verlag, München, 1983, p. 37). Ad esempio, quando Kafka parla di un “guardiano della legge” senza rispondere, nel prosieguo del racconto, agli interrogativi posti dalla metafora – quale legge? perché davanti ad essa sta un guardiano? – , ma, al contrario, rendendo questi interrogativi ancora più incalzanti, attraverso l'uso di metafore successive potenziate, come quelle dei “guardiani più potenti” che controllano le sale interne della legge, ciò che fa è costringere il lettore a prendere alla lettera le realtà a cui la metafora rinvia – il guardiano e la legge. Tuttavia, tale letteralità non va confusa con quella del linguaggio ordinario, perché mentre quest'ultimo rinvia ad oggetti esterni, secondo un movimento centrifugo, quello metaforico non entra in contatto con il mondo esterno; al contrario, produce da sé gli oggetti a cui rimanda, i quali appaiono pertanto chiusi su se stessi. (Cfr. Paul Ricoeur, *La Métaphore vive*, Éditions du Seuil, Paris, 1975, tr. it. di Giuseppe Grampa, *La metafora viva*. Dalla retorica alla poetica: per un linguaggio di rivelazione, Jaca book, Milano, 2010, p. 276).

contiene un “elemento iconico”.²⁷⁵ Quest'elemento, che secondo Henle, costituisce una componente esclusiva della metafora²⁷⁶ – ciò che la differenzia dagli altri tropi –, diviene, in Kafka, la colonna portante della sua poetica, dato che essa si presenta come una metafora inesauribile o, come dice Helmut Hiebel, “in movimento” (*gleitende Metaphor*).²⁷⁷ Pertanto, le immagini che compongono *Der Prozeß* sono il risultato di una scrittura allusiva originaria che non risolve le metafore in commenti rivelatori del loro significato, ma le mantiene come tali, sostituendole di tanto in tanto con altre, più potenti.

Dell'utilizzo di una scrittura allusiva originaria, in Kafka, abbiamo discusso al principio di questo capitolo, precisando che il ricorso alla stessa non è sporadico, ma costante e risponde all'esigenza di costruire un discorso emancipato dal senso comune e dal suo legame con le cose. In esso, la metafora è originaria in un duplice senso: costituisce il punto di partenza, la scaturigine del testo; ed è ciò che vincola quest'ultimo a se stessa, impedendogli di risolversi in qualcosa di diverso.

Il carattere originario dell'allusività, che ha come effetti la sospensione della realtà naturale e l'apertura del senso all'iconico, è ciò che permette a Kafka di creare la visione di un momento – l'origine del diritto moderno – che nel discorso teorico giuridico resta invisibile, per le ragioni a cui abbiamo già fatto riferimento: la struttura logico-razionale dello stesso e la conseguente impossibilità di rappresentare realtà paradossali.

Tuttavia, questa immagine, che colma un vuoto nella teoria e nella filosofia del diritto, costruendo la memoria di un evento complesso e sfuggente, resta solo un'immagine, ovvero una visione senza l'oggetto visto – presente nell'immaginario collettivo solo grazie alla letteratura.

È come se, edificando una memoria di quest'evento, Kafka cercasse di far presente al teorico del diritto che non ci sono soluzioni per il paradosso dell'origine del diritto moderno e che di fronte ad esso si può solo stare seduti a contemplarne il volto bifronte e a sentire la violenza della sua legge.

²⁷⁵ Paul Henle, *Metaphor*, in P. Henle (ed.), *Language, Thought and Culture*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1958, p. 177.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Hans Helmut Hiebel, *Die Zeichen des Gesetzes. Recht und Macht bei Franz Kafka*, op. cit., p. 54.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Capitolo III

Bartleby e la metafora della violenza che conserva il diritto

1. Convergenze tra *Bartleby* e *Der Prozeß* – 1.1 La storia di uno scrivano e della sua “preferenza di non” essere governato dalla legge dell'altro – 1.2 L'invito a leggere *Bartleby* attraverso gli archetipi kafkiani – 1.3 I contributi di Borges, Camus, Deleuze, Agamben e Vismann verso la costruzione di un dialogo tra l'opera di Melville e quella di Kafka – 1.3.1 La riflessione di Borges – 1.3.2 La riflessione di Camus – 1.3.3 La riflessione di Deleuze – 1.3.4 La riflessione di Agamben – 1.3.5 La riflessione di Vismann – 1.4 I limiti di tali riflessioni e la costruzione di una memoria dei paradossi del diritto moderno come impresa comune a Kafka e Melville – **2. Melville o delle ambiguità** – 2.1 La ricerca del vero e l'accesso ad un mondo ambiguo – 2.2 Il “sentimento del tutto” e la costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario che anticipa quello kafkiano – **3. La metafora del muro in *Bartleby* e il paradosso della conservazione del diritto moderno** – 3.1 Premessa – 3.2 L'originalità del caso giudiziario di Bartleby – 3.3 Il *nomos* giuridico e la sua posizione privilegiata nella teoria del diritto coveriana – 3.4 Il muro cieco e l'impreferibilità davanti alla legge

1. Convergenze tra *Bartleby* e *Der Prozeß*

1.1 La storia di uno scrivano e della sua “preferenza di non” essere governato dalla legge dell'altro

Accolto con freddezza dal pubblico – probabilmente perché conteneva temi innovativi, che, solo un secolo dopo, avrebbero goduto di una diffusione e ricezione maggiore, confluendo nei filoni letterari dell'esistenzialismo²⁷⁸ e dell'assurdo²⁷⁹ – *Bartleby*²⁸⁰ è un racconto di Herman Melville, pubblicato per la prima volta nel 1853, in forma anonima ed in due puntate, sulla rivista *Putnam's Monthly Magazine*,²⁸¹ ed incluso, poi, nel 1856, nella raccolta *The Piazza Tales*, con qualche leggera variante testuale.

Sebbene si tratti di un testo abbastanza noto, credo sia opportuno riannodare qui la trama, per guidare il lettore ancora estraneo a quest'opera e rinfrescare la memoria di quello che si è già confrontato con essa.

Il protagonista è un giovane scrivano, che, assunto presso uno studio legale della New York di inizio ottocento, ha l'incarico di copiare quotidianamente atti giuridici e di verificare la correttezza delle copie, parola per parola.

L'avvocato, che lo assume al suo servizio e che è anche il narratore della storia, ce lo presenta così nell'incipit del racconto:

²⁷⁸ Per una lettura di *Bartleby* in chiave esistenzialista si vedano: Leo Marx, *Melville's Parable of the Walls*, in *Sewanee Review*, vol. 61, n. 4, Oct. 1953, pp. 602-627; Kingsley Widmer, *Melville's Radical Resistance: The Method and Meaning of Bartleby*, in *Studies in the Novel*, vol. 1, 1969, pp. 444-458; Richard S. Findler, *Bartleby's Existential Reduction and its Impact on Others*, in Anna-Teresa Tymieniecka (edited by), *The Enigma of Good and Evil: The Moral Sentiment in Literature*, serie: *Analecta Husserliana*, v. 85, Springer, Netherlands, 2005, pp. 119-138.

²⁷⁹ Tra coloro che riconducono *Bartleby* alla letteratura dell'assurdo, si vedano: Arvin Newton, *Hermann Melville*, William Sloane, London: Methuen, 1950; Robert Donald Spector, *Melville's "Bartleby" and the Absurd*, in *Nineteenth-Century Fiction*, vol. 16, n. 2, University of California Press, Sep. 1961, pp. 175-177; Vatanit Charoenpitaks, *The Absurd Hero in Melville's Bartleby the Scrivener and Camus's L'etranger: A Comparison*, East Tennessee State University, 1974; Ethel F. Cornwell, *Bartleby The Absurd*, in *International Fiction Review*, vol. 9, Summer 1982, pp. 93-99; Olga Todoric, *Bartleby, the absurd hero*, in *Moderna Sprak*, vol. 94, part 1, 2000, pp. 15-18.

²⁸⁰ Il racconto apparve in origine con il titolo più esteso di *Bartleby, the Scrivener: A Story Of Wall-Street*, ma, nelle edizioni successive a quella del 1853, l'intestazione venne progressivamente amputata, sino a constare, nell'edizione del 1929, del solo nome del protagonista – *Bartleby*. Cfr. Herman Melville, *Bartleby*, in Herman Melville, *The Piazza Tales*, with drawing by Benj Greenstein, Elf Publishers, New York, 1929.

²⁸¹ Cfr. Paul Lauter (ed.), *The Heath Anthology of American Literature*, vol. 1, Houghton Mifflin Company, Boston-New York, 2002, p. 2554; Steven T. Ryan, *A Guide to Melville's "Bartleby, the Scrivener"*, in Alfred Bendixen, James Nagel (ed.), *A Companion to the American Short Story*, Wiley-Blackwell, Chichester, U.K., Malden, MA, 2010, XIII, p. 36.

(...) was a scrivener, *the strangest I ever saw*,²⁸² or heard of. While of other law-copyists, I might write the complete life, of Bartleby nothing of that sort can be done. I believe that no materials exist, for a full and satisfactory biography of this man. It is an irreparable loss to literature. Bartleby was one of those beings of whom nothing is ascertainable, except from the original sources, and, in his case, those are very small. What my own astonished eyes saw of Bartleby, that is all I know of him, except, indeed, one vague report, which will appear in the sequel.²⁸³

La stravaganza di Bartleby – di cui l'avvocato ci informa in apertura del racconto e da cui, in un certo senso, ci mette in guardia – irrompe, tuttavia, nella narrazione in modo improvviso e inatteso, perché, pur essendo preannunciata, si occulta e si lascia dimenticare subito dopo essere stata dichiarata.

Infatti, all'inizio del racconto, ci viene detto che, prima di introdurre lo scrivano, sono necessari degli accenni agli “*employées*”²⁸⁴ [impiegati] dell'ufficio – ragguagli indispensabili, scrive Melville,²⁸⁵ per poter intendere il protagonista che verrà presentato solo in seguito.

Così, la nostra attenzione non è più catalizzata da Bartleby e dalla sua bizzarria, ma spostata su altri due personaggi, Turkey e Nippers, copisti dalla personalità piuttosto singolare (*somewhat singular set of men*)²⁸⁶: il primo, un inglese basso e asmatico, della stessa età dell'avvocato, è un collaboratore prezioso sino alle dodici, ora in cui cade in preda ad una strana furia arruffata e pasticciona, annullando le doti professionali di cui da prova nel primo mattino;²⁸⁷ il secondo, un giovanotto di circa venticinque anni, con basette e aria piratesca, fortemente irritabile nella prima parte della giornata, per via della cattiva digestione, si dimostra, invece, relativamente tranquillo nel pomeriggio, quando scrive con “*neat, swift hand*”²⁸⁸ [con mano nitida e rapida].

²⁸² Corsivi miei.

²⁸³ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 21: [(...) era uno scrivano, *il più stravagante che abbia mai visto*, o di cui abbia sentito parlare. Mentre, di altri copisti legali, potrei scrivere l'intera vita, nulla del genere può essere fatto nel caso di Bartleby. Credo non esistano materiali per una completa e soddisfacente biografia di quest'uomo. E ciò rappresenta una perdita irreparabile per la letteratura. Bartleby era uno di quegli esseri, dei quali nulla è accertabile, salvo da fonti originali, ma nel suo caso, queste sono molto scarse. Quanto i miei occhi attoniti videro di Bartleby, è tutto ciò che so di lui, oltre, in effetti, ad una vaga notizia, che verrà riferita in seguito].

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., pp. 23, 24.

²⁸⁸ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 26.

Questa “*good natural arrangement*”²⁸⁹ [buona combinazione naturale], per cui l'inefficienza della prestazione lavorativa di Turkey non coincide mai con quella di Nippers, permette all'avvocato di non dover fronteggiare contemporaneamente le crisi dei suoi impiegati e di mantenere in equilibrio la produttività dell'ufficio, dato che l'efficienza dell'uno, al mattino, viene in soccorso allo scarso rendimento dell'altro, e viceversa, nel pomeriggio.

Tuttavia, sebbene l'alternanza dei malumori degli impiegati assicuri una certa regolarità nel disbrigo delle pratiche legali, in ragione di un nuovo incarico dell'avvocato e del conseguente aumento della mole di lavoro, si rende necessaria nello studio nuova manodopera.

È così che una bella mattina, in risposta ad un annuncio dell'avvocato, si presenta, al cospetto dello stesso, una figura “*pallidly neat, pitiably respectable, incurably forlorn!*”²⁹⁰ [pallidamente serena, miseramente rispettabile, incurabilmente disperata!]. È Bartleby, un uomo “*singularly sedate*”²⁹¹ [singolarmente mite], assunto di colpo per questa sua qualità, giudicata dal titolare dello studio come un benefico influsso “*upon the flighty temper of Turkey, and the fiery one of Nipper*”²⁹² [sul temperamento volubile di Turkey e quello irrequieto di Nippers].

In un primo tempo, Bartleby si dimostra un impiegato modello. Scrive giorno e notte, in silenzio ed in modo meccanico. Nulla lo distrae dal copiare, neppure le eccentricità dei colleghi, che, seppur sottratti alla vista sua e dell'avvocato – grazie alla strategica disposizione di porte pieghevoli – restano, comunque, a portata d'udito.

Bartleby sembra ignorarli *in toto*. Non solo non li vede, ma nemmeno li ascolta. Alle barriere fisiche, che lo separano dagli altri scrivani, egli ha aggiunto muri immateriali, creando uno spazio tutto suo, in un ambiente condiviso. In questo *hermitage*²⁹³ [eremo], in cui egli produce quotidianamente e con dedizione le sue copie, l'accesso è libero e vincolato allo stesso tempo: da un punto di vista materiale, lo si può raggiungere e penetrare, con o senza il consenso del suo occupante; ma, da un punto di vista immateriale, e, più precisamente, sul piano

²⁸⁹ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 28.

²⁹⁰ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 29.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 32.

della comunicazione, esso è bloccato, legato irrimediabilmente alla volontà sovrana di Bartleby, che può decidere di aprire la porta o tenerla chiusa, per sempre.

E che lo scrivano decida di chiudere la porta dietro di sé, subito dopo averla attraversata – precludendo a chiunque l'accesso – è cosa di cui, presto, il narratore ci informerà con sgomento, uno sgomento così grande da fuoriuscire dal testo in cui si origina per diventare anche il nostro.

It was on the third day, I think, of his being with me, and before any necessity had arisen for having his own writing examined, that, being much hurried to complete a small affair I had in hand, I abruptly called to Bartleby. In my haste and natural expectancy of instant compliance, I sat with my head bent over the original on my desk, and my right hand sideways, and somewhat nervously extended with the copy, so that immediately upon emerging from his retreat, Bartleby might snatch it and proceed to business without the least delay. In this very attitude did I sit when I called to him, rapidly stating what it was I wanted him to do—namely, to examine a small paper with me. Imagine my surprise, nay, my consternation, when without moving from his privacy, Bartleby in a singularly mild, firm voice, replied, “I would prefer not to.” I sat awhile in perfect silence, rallying my stunned faculties. Immediately it occurred to me that my ears had deceived me, or Bartleby had entirely misunderstood my meaning. I repeated my request in the clearest tone I could assume. But in quite as clear a one came the previous reply, “I would prefer not to.”.²⁹⁴

“*I would prefer not to*” è la stravagante frase con cui Bartleby, a partire da questo momento del racconto, inizierà a declinare ogni invito, rivoltogli dall'avvocato, a dire o fare qualcosa.

²⁹⁴ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., pp. 30, 31: [Era con me, credo, da tre giorni - non c'era stata ancora la necessità di esaminare le sue copie - quando, avendo fretta di completare un piccolo affare, chiamai improvvisamente Bartleby. Nella impellenza e nella naturale aspettativa di un'immediata obbedienza, me ne stavo seduto con la testa china sull'originale posato sulla mia scrivania, la mano destra di lato, nervosamente tesa nel porgere la copia, in modo che, emergendo dal suo cantuccio, Bartleby potesse afferrarla e procedere al lavoro senza il minimo indugio. In questo atteggiamento sedevo, dunque, quando lo chiamai, spiegando rapidamente quello che volevo da lui, cioè che esaminasse insieme a me un breve documento. Immaginatevi la mia sorpresa, anzi la mia costernazione, quando, senza muoversi dal suo angolino, con voce singolarmente soave, ma ferma, Bartleby rispose: «Preferirei di no». Rimasi per un attimo seduto, in perfetto silenzio, chiamando a raccolta le mie facoltà attonite. Subito mi venne da pensare che gli orecchi mi avessero ingannato, oppure che Bartleby avesse completamente frainteso quello che volevo. Ripetei la richiesta con tutta la chiarezza che mi era possibile, ma con altrettanta chiarezza giunse la risposta di prima: «Preferirei di no»].

Nei giorni a venire, seduto nel suo angolino, immobile, dinanzi ad un muro cieco, Bartleby preferirà non verificare la correttezza delle sue copie; non recarsi presso l'ufficio postale; non raccontare nulla di sé, non essere almeno un po' ragionevole. Anche quando, interrotta volontariamente l'attività del copiare, verrà invitato ad abbandonare lo studio, egli preferirà non andarsene, non fare cambiamenti.

Questa *preferenza di no* a qualsiasi richiesta a lui indirizzata, sarà lo strumento con cui lo scrivano condurrà la sua battaglia contro la legge, l'ordine dell'altro; ma sarà anche l'arma con cui si auto-infliggerà la morte, poiché, rinchiuso per vagabondaggio in una prigione di Manhattan, preferendo non mangiare, si lascerà morire di fame, pochi giorni dopo il suo arresto.

“Ah Bartleby! Ah humanity!”²⁹⁵ [Ah Bartleby! Ah umanità!] imprecherà l'avvocato, e noi con lui, alla fine del racconto.

1.2 L'invito a leggere *Bartleby* attraverso gli archetipi kafkiani

“(…) io direi che l'opera di Kafka proietta su Bartleby una curiosa luce ulteriore: Bartleby definisce già un genere che intorno al 1919 sarà reinventato e approfondito da Franz Kafka: quello delle fantasie del comportamento e del sentimento o, come malamente si dice adesso, psicologiche”.²⁹⁶

Con queste parole, che accompagnano l'edizione argentina di *Bartleby*,²⁹⁷ Borges – traduttore del racconto di Melville e autore del prologo – apre, nel 1944, una finestra di dialogo tra l'opera di Kafka e quella dello scrittore americano.

Nel 1951, l'invito di Borges – a leggere *Bartleby*, muovendo dagli archetipi kafkiani – viene rinnovato da Camus, che, in una lettera alla signora Herbert Dieckmann, scrive:

J'ai lu Kafka à 25 ans (1938) et je l'ai lu en français. LE PROCES m'a frappé, l'oeuvre complète m'a donné l'idée d'un écrivain extrêmement limité. Pour vous donner un exemple clair, je considère que Melville s'est proposé la même entreprise

²⁹⁵ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 65.

²⁹⁶ Jorge Luis Borges, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, a cura di Antonio Melis, tr. di Lucia Lorenzini, Adelphi, Milano, 2005, pp. 155, 156.

²⁹⁷ Herman Melville, *Bartleby*, traducción y prólogo de J. L. Borges, «Cuadernos de la Quimera», Emecé Editores, Buenos Aires, 1944.

que Kafka mais y a réussi parce qu'il l'a inscrite à la fois dans l'ombre et le soleil;
Kafka ne sort pas de la nuit.²⁹⁸

Nel 1952, sempre Camus, invitato dall'editore d'arte, Lucien Mazenod, a partecipare ad una pubblicazione collettanea sugli scrittori più celebri del XIX secolo, torna a dedicare a Melville e Kafka un altro contributo, questa volta più profondo:

Mais ceci, qui devait être indiqué, ne doit égarer personne sur le vrai génie de Melville et sur la souveraineté de son art. La santé, la force, un humour jaillissant, le rire de l'homme y éclatent. Il n'a pas ouvert la boutique de sombres allégories qui enchantent aujourd'hui la triste Europe. En tant que créateur, il est par exemple aux antipodes de Kafka dont il fait sentir les limites artistiques. Chez Kafka, l'expérience spirituelle, pourtant irremplaçable, déborde l'expression et l'invention qui restent monotones. Chez Melville, elle s'équilibre à elles et y trouve constamment son sang et sa chair. Comme les plus grands artistes, Melville a construit ses symboles sur le concret, non dans le matériau du rêve. Le créateur de mythes ne participe au génie que dans la mesure où il les inscrit dans l'épaisseur de la réalité et non dans les nuées fugitives de l'imagination. Chez Kafka, la réalité qu'il décrit est suscitée par le symbole, le fait découle de l'image, chez Melville le symbole sort de la réalité, l'image naît de la perception. C'est pourquoi Melville ne s'est jamais séparé de la chair ni de la nature, obscurcies dans l'oeuvre kafkienne.²⁹⁹

²⁹⁸ Così James F. Jones Jr., citando Camus. Cfr. James F. Jones Jr., *Camus on Kafka and Melville: An Unpublished Letter*, in *The French Review*, vol. 71, n. 4, marzo 1988, p. 646: [Ho letto Kafka a 25 anni (1938) e l'ho letto in francese. IL PROCESSO mi ha colpito, l'opera completa mi ha dato l'impressione di uno scrittore estremamente limitato. Per darle un esempio chiaro, io credo che Melville si sia proposta la stessa impresa di Kafka, però, a differenza di questi, ha avuto successo perché ha iscritto il suo lavoro in una zona d'ombra e in una soleggiata; Kafka, invece, non è uscito dalla notte].

²⁹⁹ Albert Camus, *Herman Melville*, in *Les Ecrivains Celebres*, Tome III, *Le XIX siècle - Le XX siècle*, Editions d'art Lucien Mazenod, Paris, 1953, p. 129: [Ma, quanto ho appena detto, non deve indurre in errore le persone circa il vero genio di Melville e la sovranità della sua arte. La salute, la forza, un umorismo brillante, la risata dell'uomo esplodono nella sua opera. Non fu lui ad aprire la *boutique* delle oscure allegorie che deliziano oggi la triste Europa. Come artista, per esempio, egli si situa agli antipodi di Kafka, di cui fa sentire i limiti artistici. Nell'opera di Kafka, l'esperienza spirituale, sebbene insostituibile, va al di là dell'espressione e dell'invenzione che restano monotone. In Melville, invece, si modula su di esse e vi trova costantemente il suo sangue e la sua carne. Come i più grandi artisti, Melville ha costruito i suoi simboli sul concreto, non dalla materia dei sogni. Il creatore di miti partecipa del genio nella misura in cui li iscrive nello spessore della realtà e non nelle nubi fugaci dell'immaginazione. Nell'opera di Kafka, la realtà che egli descrive è prodotta dal simbolo, il fatto deriva dall'immagine; nell'opera di Melville il simbolo sorge dalla realtà, l'immagine nasce dalla percezione. Pertanto, Melville non si è mai separato dalla carne né dalla natura, oscurate, invece, nell'opera kaffiana.].

Negli anni ottanta del secolo passato, le affinità tra Melville e Kafka, già note, da tempo, al mondo letterario, cominciano a diffondersi nel campo della filosofia, accrescendo il dibattito interdisciplinare e favorendo nuove chiavi interpretative dei due grandi classici della letteratura. Rappresentativa di questa nuova tappa è la lettura di Deleuze, che, in un saggio su *Bartleby*,³⁰⁰ del 1989, sottolinea varie convergenze tra la letteratura di Melville e quella di Kafka:

Quel che Kafka dirà delle «piccole nazioni», Melville l'ha già detto della grande nazione americana, in quanto deve essere appunto il *patchwork* di tutte le piccole nazioni. Quel che Kafka dirà delle letterature minori, Melville l'ha già detto della letteratura americana del suo tempo (...).³⁰¹

Nel 1993, il parallelo tra Melville e Kafka, sul versante filosofico, si intensifica e si dispiega in un testo di Agamben, *Bartleby o della contingenza*,³⁰² dove, però, le affinità tra i due autori vengono circoscritte a due opere, le stesse su cui insiste questo lavoro – *Der Prozeß* e *Bartleby*:

Come in Josef K., anche in Bartleby, i critici hanno visto una figura di Cristo³⁰³ (...), che viene ad abolire la vecchia Legge e a inaugurare un nuovo mandato (...). Ma, se Bartleby è un nuovo Messia, egli non viene, come Gesù, per redimere ciò che è stato, ma per salvare ciò che non è stato. (...) Ed egli non viene a portare una nuova tavola della Legge ma, come nelle speculazioni cabalistiche sul regno messianico, per portare a compimento la Torah distruggendola da cima a fondo. La scrittura è la legge della prima creazione (che i cabalisti chiamano «Torah di Beriah»), in cui Dio ha creato il mondo a partire dalla sua potenza di essere, tenendola separata dalla sua potenza di non essere. Ogni lettera di questa Torah è perciò, rivolta tanto verso la vita che verso la morte (...). *L'interruzione della scrittura segna il passaggio alla*

³⁰⁰ Gilles Deleuze, *Bartleby ou la formule*, Flammarion, Paris, 1989; tr. it. di Stefano Verdicchio, *Bartleby o la formula*, in G. Deleuze, G. Agamben, *Bartleby. La formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 2012.

³⁰¹ *Ivi*, pp. 43, 44.

³⁰² Giorgio Agamben, *Bartleby o della contingenza*, (1993), in G. Deleuze, G. Agamben, *Bartleby. La formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 2012.

³⁰³ Tra coloro che assegnano a Bartleby il ruolo di un nuovo Cristo, si vedano: Richard Volney Chase, *Herman Melville: A Critical Study*, Macmillan Co., New York, 1949; Nathalia Wright, *Melville's Use of the Bible*, Duke University Press, Durham, 1949; G. A. Knox, *Communication and Communion in Melville*, in *Renascence*, vol. 9, Autumn 1956, pp. 26-31; Merlin Bowen, *The Long Encounter: Self and Experience in the Writings of Herman Melville*, University of Chicago Press, Chicago, 1960; H. Bruce Franklin, *The Wake of the Gods: Melville's Mythology*, Stanford University Press, Stanford, 1963; John Gardner, "Bartleby": Art and Social Commitment, in *Philological Quarterly*, vol. XLIII, n. 1, January 1964, pp. 87-98.

creazione seconda,³⁰⁴ in cui Dio richiama a sé la sua potenza di non essere e crea a partire dal punto di indifferenza di potenza e impotenza.³⁰⁵

Finalmente, alle soglie del nuovo millennio, anche in ambito storico-giuridico, si riconosce la possibilità di comparare *Il processo* di Kafka con il *Bartleby* di Melville, al fine di ottenere, dallo studio congiunto di ambedue le opere, una visione chiarificatrice di alcuni aspetti tabù della scienza giuridica – come, ad esempio, le questioni dell'origine e della conservazione del diritto moderno. Uno dei contributi più significativi, in questa direzione, è quello di Cornelia Vismann, che, nel 1996, in un articolo dedicato a *Bartleby*, scrive:

(...) with *Bartleby*, as with Josef K. to whom he is secretly related, we find ourselves in the improbable realm of chancery. Our presence there is a singular occurrence, practically impossible, since at such times we are usually sleeping, entangled in our own dreams. It is not law books but fictions alone that report from this inner space. It is only by this means that we arrive in the midst or the medium of law, the zone of the legal, where the making of law takes place.³⁰⁶

Nel 2000, il dialogo tra Melville e Kafka viene riaperto da Cornelia Vismann, in *Akten. Medientechnik und Recht*,³⁰⁷ dove l'autrice tenta una riscrittura della genealogia del diritto occidentale, a partire dalla lettura congiunta di *Bartleby* e *Der Prozeß*.

Wo sie von Verwaltungen handeln, lenken literarische Erzählungen das Augenmerk auf die Medien und Realien des Rechts, die nicht-fiktionale, wissenschaftliche Selbstdarstellungen des Rechts und seiner Geschichte in der Regel übersehen oder unterschlagen. Aus den Kanzleiphantasien Kafkas lässt sich daher eine Genealogie des Rechts erstellen. Ebenso sind die Aktenfiktionen, welche die literarische Figur des Schreibers *Bartleby* umgeben, gespiegelte Aktenfakten. Erzählungen wie die

³⁰⁴ Corsivi miei.

³⁰⁵ Giorgio Agamben, *Bartleby o della contingenza*, op. cit., pp. 87, 88.

³⁰⁶ Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, in *Law & Critique*, vol. VII, n. 2, Springer, Frankfurt am Main, 1996, p. 140: [(...) con *Bartleby*, come con Josef K., al quale il primo è segretamente legato, ci troviamo nell'improbabile regno della cancelleria. La nostra presenza lì è un evento singolare, praticamente impossibile, dal momento che in tali momenti, di solito, stiamo dormendo, impigliati nei nostri sogni. Non si tratta di libri di diritto, ma soltanto di finzioni che ci forniscono informazioni, a partire da questo spazio interiore. È solo attraverso questi strumenti che penetriamo il cuore o il *medium* del diritto, la zona del giuridico, dove ha luogo la produzione del diritto].

³⁰⁷ Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2011, [2000].

von Kafka oder Melville illustrieren nicht etwa nur die Apparaturen und Verwaltungsmaschinerien des Rechts oder steigern bürokratische Logik ins Absurde. Sie sind die narrativen Reste, welche die große Erzählung von der Entstehung und Entwicklung des Rechts zurückgelassen hat und stehen damit am Ende eines Ausdifferenzierungsprozesses, der zugleich ein Auslagerungsprozess der Literatur aus dem Recht ist. Von dort aus, von den literarischen Erzählungen aus, führt der Weg zurück in die Kanzleien, in denen Juristen und Dichter einst eine effektive Produktionseinheit bildeten.³⁰⁸

Questa rassegna di testi letterari, filosofici e storico-giuridici, i quali mettono a confronto le opere di Melville e Kafka, partendo da premesse disciplinari distinte, permette di trarre svariate conclusioni.

Innanzitutto, consente di scoprire alcune affinità che legano le creazioni letterarie dello scrittore newyorkese con quelle dello scrittore praghese; in secondo luogo, lascia intravedere la possibilità di un dialogo tra i due autori, a scopo speculativo, in campi del sapere divergenti per metodologia e oggetto di studio; e da ultimo, dischiude la possibilità di ripensare, a partire da questo dialogo, annose ed ostili questioni teorico-giuridiche, che, senza l'apporto della letteratura, resterebbero poco illuminate.

Utilizzando tali conclusioni come punti di partenza per legittimare una riflessione filosofico-giuridica, ancora inesistente, sull'opera di Melville e Kafka, cercherò di dimostrare che esiste, in alcuni testi di questi scrittori, non solo un interesse comune e generico intorno alla materia giuridica, ma, anche, la strutturazione di uno specifico discorso letterario sul tema del diritto e della violenza, che, se preso sul serio, permette alla scienza giuridica di affrontare, in modo coscienzioso e a viso scoperto, i paradossi generati dal diritto moderno.

³⁰⁸ *Ivi*, pp. 9, 10: [Le finzioni letterarie che si occupano di amministrazioni evidenziano quei *media* e realtà del diritto che le auto-rappresentazioni non-immaginarie e accademiche del diritto e della sua storia tendono a trascurare o addirittura sopprimere. Di conseguenza, le fantasie cancelleresche di Kafka possono essere usate per scrivere una genealogia del diritto. Allo stesso modo, le finzioni di registrazione di *Bartleby* rispecchiano i fatti della registrazione. La narrativa di Kafka e quella di Melville non illustrano semplicemente le macchine e gli apparati del diritto, o la logica della burocrazia condotta al suo estremo. Come residui narrativi, scartati dai grandi racconti dell'origine e dell'evoluzione del diritto, essi si trovano alla fine di un processo di differenziazione, che implica anche una rimozione della letteratura dal diritto. Da queste narrazioni letterarie, la strada riconduce alle cancellerie, dove giuristi e poeti tornano a formare un'unità produttiva.].

1.3 I contributi di Borges, Camus, Deleuze, Agamben e Vismann verso la costruzione di un dialogo tra l'opera di Melville e quella di Kafka

Questa riflessione filosofico-giuridica – che, nello specifico, insiste solo su due testi della letteratura melvilliana e kafkiana, rispettivamente *Bartleby* e *Der Prozeß*, e che, come già precisato, è finalizzata a ricostruire la trama di un discorso letterario su diritto e violenza (il quale, dietro il velo della metafora, traspare dalle opere prese in esame) – non può fare a meno di considerare, in modo più approfondito, i contributi a cui si è sommariamente fatto cenno nel paragrafo precedente, i quali, a vario titolo, apportano particolari chiavi interpretative nella lettura congiunta di Melville e Kafka.

Esaminarli nel dettaglio e con sguardo critico serve, da un lato, a chiarire il generico contesto di partenza in cui la nostra interpretazione prende piede e, dall'altro, a sottolineare il carattere peculiare della stessa, in ragione dello specifico ambito disciplinare in cui viene calata.

A scopo meramente orientativo, ritengo opportuno precisare che, nella trattazione di tali contributi, seguirò solo un ordine cronologico e non anche di rilevanza. Pertanto, il fatto che la riflessione borgesiana occupi il primo posto non deve indurre in equivoco il lettore; essa non si trova al vertice in ragione della sua maggiore importanza rispetto alle altre riflessioni, ma solo in virtù di una circostanza, del tutto casuale, che la consegna alla storia come il tentativo più datato, forse il primo in assoluto, di avviare un dialogo tra l'opera di Melville e quella di Kafka.

1.3.1 La riflessione di Borges

Contenuta nel prologo che apre l'edizione argentina di *Bartleby*, la riflessione di Borges è tanto breve quanto profonda: questo racconto di uno scrivano, dice lo scrittore argentino, è il precursore di un genere letterario, “quello delle fantasie del comportamento e del sentimento”, che nel XX sec. verrà reinventato e portato alla ribalta da Kafka; scritto in “una lingua tranquilla e persino giocosa”, applicata a

“una materia atroce”, esso prefigura le ossessioni e i meccanismi della narrativa kafkiana, con la quale entra in un'intimità segreta.³⁰⁹

Seppur lapidario, il pensiero di Borges scava nella letteratura melvilliana più di quanto non facciano molti degli studi esegetici ad essa dedicati. Il suo sguardo è penetrante nella misura in cui, rinunciando a vedere in *Bartleby* ciò che i suoi contemporanei vi avevano visto, ovvero una “battaglia contro il Male”,³¹⁰ cerca chiavi di lettura alternative, mettendo in dialogo il testo di Melville non solo con i fantasmi della sua epoca, ma anche con quegli autori che come Kafka si confrontarono direttamente con le incarnazioni di quei fantasmi – la guerra, l'avanzare dell'industria, la meccanizzazione del lavoro, il controllo delle masse.

Borges, dunque, non si accontenta dell'interpretazione morale di *Bartleby*; la vede, la giudica possibile, ma, allo stesso tempo, crede che ci si possa spingere un po' più in là, che il testo stesso permetta di andare più in là. Per questo, fa il suo passo in avanti, lasciandosi alle spalle l'idea di un *Bartleby* biblico, e scorgendo all'orizzonte uno scrivano nuovo, meno mistico e più terreno, impegnato su due fronti, gli stessi su cui combattono molti dei personaggi kafkiani – “la subordinazione” e “l'infinito”.³¹¹

Così, il *Bartleby* che ci consegna Borges non è un altro Cristo, ma l'individuo moderno, subordinato alla legge dell'altro e alla ricerca infinita della legge di tutti – quell'*homo domesticus* che troverà la sua completa e cosciente espressione nell'opera di Kafka.³¹²

³⁰⁹ Cfr. Jorge Luis Borges, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, op. cit., p. 155.

³¹⁰ Così Borges citando Edward Morgan Forster. Cfr. Jorge Luis Borges, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, op. cit., pp. 154, 155.

³¹¹ Nella sua interpretazione del racconto di Melville, Borges non è così esplicito come io ho cercato di renderlo. Purtroppo, il suo discorso presenta dei vuoti, che si possono colmare solo attraverso la pratica dell'intertestualità, a cui ho dovuto far ricorso, ricercando nel prologo di Borges la traccia di altri testi, capaci di dire ciò che il prologo stesso non diceva espressamente, ma lasciava intuire. La pratica dell'intertestualità consiste, infatti, come ha scritto Genette (cfr. Gérard Genette, *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Éditions du Seuil, Paris, 1982; tr. it. di Raffaella Novità, *Palinsesti. La letteratura al secondo grado*, Einaudi, Torino, 1997, p. 4), nell'individuare in un testo la presenza effettiva di un altro, al quale il primo, in forma diretta o indiretta, rimanda, per completare il suo discorso. Così, se, da un lato, è vero che Borges non ha detto esplicitamente, nel prologo a *Bartleby*, che il racconto si regge su due idee tipicamente kafkiane – la subordinazione e l'infinito –; d'altro canto, è vero che, nel giudicare la narrativa melvilliana come un'anticipazione delle ossessioni e dei meccanismi de *Il castello*, de *Il processo* e di *America*, ha costretto il lettore ad appellarsi ad un altro suo testo, il prologo a *La metamorfosi* di Kafka, per scoprire la natura di tali ossessioni. Ed, in questo secondo testo, in modo chiaro e conciso, Borges dice: “Due idee – per meglio dire, due ossessioni – reggono l'opera di Franz Kafka. La subordinazione è la prima delle due; l'infinito, la seconda” (Cfr. Jorge Luis Borges, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, op. cit., p. 138).

³¹² Cfr. Jorge Luis Borges, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, op. cit., p. 140.

1.3.2 La riflessione di Camus

La riflessione di Camus è meno profonda di quella borgesiana e, con stretto riguardo al giudizio riservato all'opera di Kafka, anche più ingiusta. Secondo lo scrittore algerino, naturalizzato francese, Melville si sarebbe prefissa la stessa impresa di Kafka, ma a differenza di questi – rivelatosi incapace di portarla a termine –, egli, grazie ad un gioco di luci e ombre, l'avrebbe realizzata, regalando al lettore un'esperienza spirituale autentica.

Nello specifico, di che impresa si tratti, Camus non ce lo dice, come non ci spiega neppure in che senso l'opera di Melville si inscriverebbe “nell'ombra” e “nel sole”,³¹³ mentre quella kafkiana non verrebbe fuori “dalla notte”.³¹⁴ Egli ci dice solo che leggere Melville significa vivere “un'esperienza spirituale di intensità ineguagliabile” – un'esperienza autentica perché inscritta nella “carne” e nella “natura” –, mentre leggere Kafka equivale a fare la stessa esperienza, ma ad un livello puramente simbolico e pertanto limitato.³¹⁵

In questo modo, con indizi scarsi e poco suggerenti, Camus ci costringe a tirare ad indovinare, più che ad intuire, tanto la natura dell'impresa a cui accenna, quanto le ragioni della sua riuscita nel caso di Melville e del suo fallimento nel caso di Kafka.

Sembrerebbe – e dico ‘sembrerebbe’ perché il testo, così come formulato non offre nulla di più che una vaga parvenza, una trans-parenza – che tanto Melville quanto Kafka abbiano cercato di costruire dei miti intorno ad un tema centrale, “*le combat de l'homme contre le mal*”³¹⁶ [la lotta dell'uomo contro il male], e a dei sottotemi, la lotta dell'uomo giusto “*contre la création et le créateur*”³¹⁷ [contro la creazione e il creatore] e la lotta dell'uomo giusto “*contre ses semblables et contre lui-même*”³¹⁸ [contro i suoi simili e contro se stesso]; però, mentre Melville avrebbe raggiunto la meta coniugando la luce dei misteri ultraterreni con i lati oscuri della vita, costringendo cioè il sublime a specchiarsi nell'infimo e

³¹³ Così James F. Jones Jr., citando Camus. Cfr. James F. Jones Jr., *Camus on Kafka and Melville*, op. cit., p. 646.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Albert Camus, *Herman Melville*, op. cit., p. 129.

³¹⁶ Albert Camus, *Herman Melville*, op. cit., p. 128.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ *Ibidem*.

viceversa, Kafka, invece, con un simbolismo fatto non di concretezza, ma della stessa “*matériau du rêve*”³¹⁹ [materia dei sogni], non sarebbe stato capace di partorire dei veri e propri miti, lasciando il lettore prigioniero di un misticismo oscuro e inquietante.

Per Camus, dunque, il limite dell'opera kafkiana risiederebbe nell'utilizzo di un simbolismo puro, eccessivamente mobile perché radicato nel sogno e sprovvisto di qualsiasi aggancio con la realtà – un simbolismo troppo simbolico, per così dire, incapace di condurre il lettore in una dimensione morale realmente accessibile.

1.3.3 La riflessione di Deleuze

La riflessione di Deleuze si snoda in un testo che appare per la prima volta nel 1989,³²⁰ in appendice alla traduzione francese di due racconti melvilliani – *Bartleby* e *Le isole incantate* – e che confluisce poi, nel 1993, in *Critique e Clinique*.³²¹ In esso, Deleuze analizza la figura di Bartleby stabilendo continui paragoni con l'opera di Kafka, come se interpretare il protagonista del racconto di Melville senza l'ausilio dei personaggi kafkiani, fosse non solo mistificante, ma, addirittura, impossibile.

Credo che questa singolare modalità di lettura, a cui Deleuze ricorre e che sembra impedire la trattazione di *Bartleby* senza un confronto con l'opera di Kafka, trovi la sua *ratio* nel fatto che, per il filosofo francese, come anche per Borges, il successo postumo del racconto melvilliano e, in particolar modo, l'accumulo di numerose interpretazioni dello stesso in epoca moderna, dipendano prevalentemente dalla nuova luce gettata su di esso dalla letteratura kafkiana. Senza quest'ultima, infatti, il Bartleby dei tempi moderni, un po' impiegato alienato e un po' disobbediente civile, non sarebbe esistito.

Tuttavia, quest'idea – che vede in Melville, non un semplice precursore di Kafka, ma, più esattamente uno scrittore che non si leggerebbe, così come oggi si legge, senza la svolta introdotta nel pensiero letterario da Kafka – non è in

³¹⁹ Ivi, p. 129.

³²⁰ Gilles Deleuze, *Bartleby ou la formule*, postface à *Bartleby*, in *Les Iles Enchantées*, Paris, Flammarion, 1989.

³²¹ Gilles Deleuze, *Bartleby ou la formule*, in *Critique et clinique*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1993, pp. 89-114.

Deleuze così esplicita come lo è in Borges.³²² Essa pervade la riflessione deleuziana, ma non si dichiara mai. Potremmo dire che è presente anche se resta in silenzio. E chiunque volesse affermare il contrario, si troverebbe nella scomoda posizione di dover spiegare perché Deleuze, ogni volta che debba dar conto dei tratti caratteriali di *Bartleby*, del messaggio che questi reca, o del fine che persegue, senta sempre il bisogno di ricorrere a Kafka, quasi quest'ultimo fosse un argomento indispensabile alla rivelazione del bizzarro personaggio di Melville.

Il fattore Kafka, dunque, nella riflessione deleuziana non svolge la funzione di una semplice digressione a carattere erudito; al contrario, esso rappresenta il perno e la chiave di lettura della riflessione stessa – la base su cui questa poggia e ciò che ne orienta il senso.

A riprova di ciò basti ricordare che nel 1975, in un testo dedicato a Kafka,³²³ Deleuze introduce un concetto del quale si servirà ampiamente nel 1989, nella lettura di *Bartleby*. Si tratta del concetto di 'letteratura minore', i cui caratteri distintivi sarebbero: la deterritorializzazione della lingua, l'innesto nella stessa di un programma politico e il valore collettivo della sua enunciazione.³²⁴

Il racconto di Melville, nella lettura deleuziana, possiede ciascuno di questi elementi, rientrando così, a pieno titolo, nelle cd. letterature minori.

In particolare, la funzione deterritorializzante della lingua, che rende un idioma straniero a se stesso, attraverso un uso particolare del linguaggio,³²⁵ è svolta dall'enunciato con cui *Bartleby* si sottrae regolarmente alle richieste di fare o dire qualcosa; “*I would prefer not to*” ripete lo scrivano tutte le volte che l'avvocato lo supplica di svolgere delle commissioni per suo conto, e questa frase, scrive Deleuze, pur essendo “grammaticalmente e sintatticamente corretta” produce un blocco inarticolato nella lingua, che la converte in una “formula agrammaticale”, “un'anomalia”, “un'atipia”;³²⁶ la sua singolarità risiede nel modo brusco con cui si conclude, in quel “*not to*” che lascia sospeso ciò che respinge e

³²² Cfr. Jorge Luis Borges, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, op. cit., p. 156.

³²³ Gilles Deleuze, Félix Guattari, *Kafka. Pour une littérature mineure*, Les Editions de Minuit, Paris, 1975; tr. di Alessandro Serra, *Kafka. Per una letteratura minore*, Quodlibet, Macerata, 1996.

³²⁴ *Ivi*, pp. 29-31.

³²⁵ *Ivi*, pp. 29, 30.

³²⁶ Così Gilles Deleuze, *Bartleby o la formula*, op. cit., p. 12.

che, ammutolendo ogni possibile referenza, scava “nella lingua una specie di lingua straniera”.³²⁷

La situazione di straniamento che la formula produce deriva dal fatto che in essa non è possibile leggere né il rifiuto espresso di fare ciò che viene ordinato né l'affermazione di un voler fare qualcosa di diverso da ciò che viene richiesto. La formula “*I would prefer not to*” non contiene né una negazione né un'affermazione, ed in questo è straordinariamente singolare. L'avvocato sarebbe sollevato se Bartleby non volesse affatto o se, perlomeno, volesse altro rispetto a ciò che gli viene proposto. Invece, lo scrivano preferisce “niente piuttosto che qualcosa”,³²⁸ facendo sprofondare il suo datore di lavoro nella desolazione di chi interloquisce non con un impiegato che non vuole nulla, bensì con un impiegato che, circostanza ancor più singolare, non ha nessuna volontà.

Inventando Bartleby e la sua *preferenza di non*, Melville ha creato, dice Deleuze, una lingua straniera che corre sotto l'inglese e lo travolge: è l'outlandish o il deterritorializzato.³²⁹ Si tratta di una *inventio* che è il concatenamento di tre operazioni: “un certo trattamento della lingua; il risultato di questo trattamento, che tende a costituire nella lingua una lingua originale; e l'effetto, che consiste nel mettere in movimento tutto il linguaggio, nel farlo fuggire, spingerlo verso il suo proprio limite per scoprirne il Fuori (...)”.³³⁰

Melville, dunque, come Kafka, fa del linguaggio ordinario un uso straordinario o minore, con il duplice obiettivo di spingere la *lingua maggiore*, quella *dei padroni*,³³¹ verso il limite e di superarlo, costruendo una “nuova universalità”.³³² Questa nuova universalità è ciò che Deleuze chiama, con altre parole, “programma politico”³³³ e che rappresenta il secondo aspetto distintivo di una letteratura minore.

Nella trama del racconto, tale programma passa per una “logica delle preferenze”³³⁴ che, recidendo il linguaggio da ogni referenza e rendendo inutile la “logica dei presupposti”,³³⁵ in base alla quale l'avvocato si aspetta di essere

³²⁷ *Ivi*, p. 16.

³²⁸ *Ivi*, p. 15.

³²⁹ *Ivi*, p. 17.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ Cfr. Gilles Deleuze, Félix Guattari, *Kafka. Per una letteratura minore*, op. cit., p. 47.

³³² Così Gilles Deleuze, *Bartleby o la formula*, op. cit., p. 17.

³³³ *Ivi*, p. 36.

³³⁴ *Ivi*, p. 19.

³³⁵ *Ibidem*.

obbedito da Bartleby, punta alla destituzione del padre/padrone ed alla costruzione di una grande comunità di celibi/fratelli.³³⁶

Scrivo, infatti, Deleuze:

Bartleby il celibe deve intraprendere il suo viaggio e trovare la sorella insieme alla quale consumare i biscotti allo zenzero, la nuova ostia. Benché Bartleby viva rinchiuso nello studio senza mai uscire, non scherza affatto quando, all'avvocato che gli propone nuove occupazioni, risponde: «si resta troppo al chiuso...». E se gli si impedisce di fare il suo viaggio, allora il suo posto non è altro che la prigione dove muore di «disobbedienza civile», quella prigione che, come dice Thoreau, «è il solo luogo dove un uomo libero potrà soggiornare con onore». William e Henry James sono pur fratelli, e *Daisy Miller*, la nuova ragazza americana, non chiede che un po' di fiducia, e si lascia morire perché non ottiene quel poco che chiedeva. E Bartleby che cosa chiedeva all'avvocato, se non un po' di fiducia, mentre questi gli risponde con la carità, la filantropia e tutte le maschere della funzione paterna? La sola scusa dell'avvocato è che indietreggia davanti al divenire in cui Bartleby, con la sua semplice esistenza, rischia di trascinarlo: già corrono le voci... L'eroe del pragmatismo non è l'uomo d'affari che ha avuto successo, è Bartleby, è Daisy Miller, Pierre e Isabelle, il fratello e la sorella. I pericoli della «società senza padri» sono stati spesso denunciati, ma non c'è pericolo più grande del ritorno del padre.³³⁷

È questo il messaggio che Deleuze legge in Bartleby: i pochi padri/padroni sono più pericolosi di un'intera comunità di celibi/fratelli, soprattutto quando il loro progetto demoniaco si nasconde sotto un velo di carità e filantropia. Pertanto, occorre smascherarli e destituirli affinché la nazione americana ritorni nella disponibilità dei suoi *scapoli*.³³⁸

Tale messaggio, continua Deleuze, contiene “un'enunciazione collettiva, che non appartiene più alla storia letteraria e che è in grado di preservare i diritti di un popolo futuro o di un divenire umano”.³³⁹ Ed in questo suo essere voce, grido di una nazione intera, e non di un uomo solo, risiede quel terzo aspetto che gli conferisce definitivamente il tratto di una letteratura minore: il valore collettivo.

1.3.4 La riflessione di Agamben

³³⁶ *Ivi*, p. 35.

³³⁷ *Ivi*, pp. 41, 42.

³³⁸ *Ivi*, p. 43.

³³⁹ *Ivi*, p. 44.

La riflessione di Agamben è forse una delle più affascinanti, per il carattere erudito che la contraddistingue, ma, nella sostanza, è anche una delle più statiche, dato che l'ontologismo di cui è pregna la rende schiava di quell'immobilismo epistemologico tipico della pre-modernità.

Essa si basa su una tesi forte, difficile da contestare per la sua ontologia, difficile da accogliere, per la stessa ragione: Bartleby, come Josef K, è un nuovo Messia, venuto ad abolire la vecchia Legge e ad inaugurare un nuovo mandato; la sua parola non è il *Giudizio*, che assegna a ciò che è stato la sua ricompensa o il suo perpetuo castigo, bensì *Palingenesi*.³⁴⁰

Nel costruire quella che egli stesso definisce una “teodicea rovesciata”,³⁴¹ Agamben parte da un'idea e da un'immagine: l'idea è quella aristotelica di “pura potenza”, secondo la quale ogni potenza di essere o fare qualcosa è anche potenza di non essere o di non fare;³⁴² l'immagine è quella, sempre aristotelica, che pensa l'intelletto in potenza come una tavoletta su cui nulla è scritto.³⁴³

Affinché una potenza possa dirsi pura, precisa Agamben, occorre che sia, allo stesso tempo, due cose, distinte e opposte – ovvero potenza ed impotenza –,³⁴⁴ e perché l'aporia che essa produce possa essere pensata occorre immaginarsi qualcosa di simile a uno scrivano che non scrive.³⁴⁵

Per questo, in qualità di scriba che, pur potendo scrivere, preferisce non farlo, Bartleby viene considerato da Agamben come l'ultima, stremata figura della potenza perfetta.³⁴⁶

La sua formula, *I would prefer not to*, non sarebbe che l'idea di questa potenza pura, mentre la sua singolare situazione professionale, quella di uno scrivano che non scrive più, rifletterebbe l'immagine attraverso cui quest'idea, in concreto, prende corpo.

Come scriba che ha cessato di scrivere, egli è la figura estrema del nulla da cui procede ogni creazione e, insieme, la più implacabile rivendicazione di questo nulla come pura, assoluta potenza. Lo scrivano è diventato la tavoletta per scrivere, non è ormai nient'altro che il suo foglio bianco. Non stupisce, quindi, che egli dimori così

³⁴⁰ Così Giorgio Agamben, *Bartleby o della contingenza*, op. cit., pp. 87-89.

³⁴¹ *Ivi*, p. 89.

³⁴² *Ivi*, p. 52.

³⁴³ *Ivi*, p. 54.

³⁴⁴ *Ivi*, pp. 52.

³⁴⁵ *Ivi*, p. 55.

³⁴⁶ *Ibidem*.

ostinatamente nell'abisso della possibilità e non sembri avere la più piccola intenzione di uscirne. La nostra tradizione etica ha spesso cercato di aggirare il problema della potenza riducendolo nei termini della volontà e della necessità: non quello che *puoi*, ma quello che *vuoi* o *devi* è il suo tema dominante. È quanto l'uomo di legge non cessa di ricordare a Bartleby.³⁴⁷

Avendo scoperto che è la scrittura ciò che trasforma la *potentia absoluta* in *potentia ordinata*,³⁴⁸ lo scrivano smette di scrivere, convertendo se stesso in pura possibilità e mettendo in discussione la supremazia della volontà sulla potenza.³⁴⁹

In questo senso, Bartleby sposa la tesi aristotelica – secondo cui la tautologia «si verificherà o non si verificherà» è vera nel suo complesso, prescindendo dal concreto realizzarsi dell'una o dell'altra possibilità – e la mette in scena.³⁵⁰

Questo esperimento, scrive Agamben, è finalizzato a verificare la possibilità di una potenza come tale ed è possibile solo “mettendo in questione il principio di irrevocabilità del passato, o, piuttosto, contestando l'irrealizzabilità retrograda della potenza”.³⁵¹

Se *preferendo di no*, si possono mantenere le cose nel caos indifferenziato originario, laddove esse non sono ancora cose, ma solo pure potenze, contingenze; e se, *preferendo di no*, si può agire anche sul passato, sulla sua ipotetica fissità, rendendolo contingente o come dice Agamben, restituendolo alla sua possibilità di non essere; e se, da ultimo, *preferendo di no*, si può persino costruire il ricordo di ciò che non è stato, allora, la pura potenza non solo è possibile, ma è, addirittura, l'unica teodicea possibile, seppur rovesciata.³⁵²

Bartleby, dunque, preferendo non scrivere, distrugge “la legge della prima creazione (...), in cui Dio ha creato il mondo a partire dalla sua potenza di essere, tenendola separata dalla sua potenza di non essere”³⁵³ e “crea a partire dal punto di indifferenza di potenza e impotenza”.³⁵⁴ La creazione che così si compie non è una ricreazione, ma, piuttosto, una decreazione in cui ciò che ha avuto luogo e ciò che non è stato vengono restituiti allo loro unità originaria nella mente di Dio e

³⁴⁷ *Ivi*, p. 64.

³⁴⁸ *Ivi*, p. 65.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ *Ivi*, p. 82.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ivi*, p. 89.

³⁵³ *Ivi*, p. 88.

³⁵⁴ *Ibidem*.

ciò che poteva non essere ed è stato sfuma in ciò che poteva essere e non è stato.³⁵⁵

Così, la nuova ontologia – di cui Bartleby, Barnaba e Josef K, sarebbero gli *aggeloi*, i messaggeri –³⁵⁶ è la contingenza, l'*epochē*, lo stare in sospenso, fino all'ultimo, nella possibilità di scrivere una nuova Legge e nell'impotenza di farlo, nella possibilità di seguire la vecchia Legge e nell'impotenza di farlo.³⁵⁷ Si tratta, scrive Agamben, di una ontologia che situa la creatura nel suo luogo naturale, a casa, nel «cuore delle piramidi eterne» del Palazzo dei Destini.³⁵⁸

A mio giudizio, si tratta, invece, di una ontologia che situa l'individuo fuori dal suo luogo naturale – la società –, privandolo di quello strumento che gli permette di relazionarsi con gli altri, l'azione.

1.3.5 La riflessione di Vismann

L'analisi di Cornelia Vismann è il frutto di una riflessione maturata nell'arco di un quadriennio e in occasioni distinte. Avviata nel 1996, in vista di una conferenza, tenutasi a Londra, nel marzo dello stesso anno, ed avente ad oggetto le implicazioni storico-giuridiche di *Bartleby*,³⁵⁹ giunge a compimento nel 2000, con la pubblicazione di uno studio monografico, dal titolo *Akten. Medientechnik und Recht*,³⁶⁰ nel quale l'autrice cerca di riportare alla luce, attraverso l'ausilio della narrativa di Melville e Kafka, alcune realtà giuridiche limite – come l'origine e i dispositivi di governo del diritto occidentale moderno –, le quali, a suo giudizio, vengono trascurate, o addirittura soppresse, dalla storia del diritto contemporanea.³⁶¹

L'idea di fondo che Vismann formula agli albori della sua riflessione su *Bartleby* – idea che confluirà, poi, in un articolo pubblicato nel settimo volume della rivista *Law and Critique* (n. 2), sotto il titolo *Cancels: On the making of law*

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ivi*, pp. 68, 69 e p. 87.

³⁵⁷ *Ivi*, pp. 69, 70.

³⁵⁸ *Ivi*, p. 89.

³⁵⁹ Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, op. cit..

³⁶⁰ Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit..

³⁶¹ Possiamo definire questo lavoro archeologico, nel senso foucaultiano, dato che si prefigge come obiettivo quello di tracciare una storia dei limiti, ossia di quelle esperienze che, sebbene emarginate, poste tra parentesi nelle rappresentazioni ufficiali del diritto odierno, costituiscono la condizione di possibilità di quest'ultimo.

in chanceries – è che la formula “*I would prefer not to*”, con cui lo scrivano di Melville si sottrae agli ordini impartiti dall'avvocato, suo datore di lavoro, altro non è che una “*allegory for the unfiled, and thus uncanceled, state of law*”³⁶² [allegoria dello stato del diritto non archiviato e non cancellato], dove, per stato del diritto, deve intendersi quella particolare forma del diritto moderno, che si presenta come “*agenealogical*”³⁶³ [agenealogica] o, meglio, come fondata sulla cancellazione del proprio fondamento.³⁶⁴

Se il diritto moderno, dice Vismann, vuole costruirsi come autopoietico, ovvero come autoprodotta, cancellando ogni legame con quella sfera del sapere, la letteratura, con la quale un tempo si confondeva, allora, Bartleby interviene per interrompere, con la sua formula, il processo di cancellazione – per cancellare la cancelleria.³⁶⁵

Difatti, realizzando con la sua *preferenza di no* “*a performative speech-act of non-performance*”³⁶⁶ [un atto linguistico performativo di inadempimento], che si sostanzia nel non voler verificare la correttezza delle copie da lui realizzate, lo scrivano impedisce la distruzione degli originali, possibile solo dopo che il confronto tra la copia redatta e l'originale ha avuto luogo, e restituisce, in tal modo, alla storia, un diritto riconciliato con l'autentico – l'anima, lo spirito, le emozioni; o, più precisamente, reintegra nel diritto, quella componente letteraria, espulsa a seguito del progetto moderno di formalizzazione del diritto occidentale e ridotta a lettera morta.³⁶⁷

In questo senso, l'impresa di Bartleby, sebbene fittizia, contiene un messaggio reale per lo storico del diritto, un invito a riflettere sulla struttura odierna del diritto moderno e a valutare la concreta possibilità di riscrivere, da una prospettiva differente – quella letteraria – la storia della sua formazione. Si legge, infatti, in *Akten. Medientechnik und Recht*:

Wo sie von Verwaltungen handeln, lenken literarische Erzählungen das Augenmerk auf die Medien und Realien des Rechts, die nicht-fiktionale, wissenschaftliche

³⁶² Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, op. cit., p. 149.

³⁶³ Thanos Zartaloudis, *The Archival Work of the Law*, Book Review: Cornelia Vismann, *Files. Law and Media Technology*, trans. Geoffrey Winthrop-Young (Stanford, CA: Stanford University Press, 2008), in *Parallax*, vol. 6, n. 3, 2010, p. 137.

³⁶⁴ Cfr. Thanos Zartaloudis, *The Archival Work of the Law*, op. cit., pp. 138, 139.

³⁶⁵ Cfr. Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, op. cit., p. 148.

³⁶⁶ *Ivi*, p. 145.

³⁶⁷ *Ivi*, p. 150.

Selbstdarstellungen des Rechts und seiner Geschichte in der Regel übersehen oder unterschlagen. Aus den Kanzleiphantasien Kafkas lässt sich daher eine Genealogie des Rechts erstellen. Ebenso sind die Aktenfiktionen, welche die literarische Figur des Schreibers Bartleby umgeben, gespiegelte Aktenfakten. Erzählungen wie die von Kafka oder Melville illustrieren nicht etwa nur die Apparaturen und Verwaltungsmaschinen des Rechts oder steigern bürokratische Logik ins Absurde. Sie sind die narrativen Reste, welche die große Erzählung von der Entstehung und Entwicklung des Rechts zurückgelassen hat und stehen damit am Ende eines Ausdifferenzierungsprozesses, der zugleich ein Auslagerungsprozess der Literatur aus dem Recht ist. Von dort aus, von den literarischen Erzählungen aus, führt der Weg zurück in die Kanzleien, in denen Juristen und Dichter einst eine effektive Produktionseinheit bildeten.³⁶⁸

Dunque, leggere Bartleby significa prendere coscienza di un dato storico reale, trascurato o occultato nella rappresentazione ufficiale del diritto e meritevole d'essere restituito alla memoria: la separazione, verificatasi alla fine del novecento, tra letteratura e scritti d'archivio, responsabile dell'odierna frattura tra spirito e diritto.

A questo dato, Vismann dedica particolare attenzione, in *Atti, non scritti letterari*:

Con questa distinzione, tanto semplice quanto incontestabile tra letteratura creata da un autore e scritti d'archivio anonimi, il criterio di verità si spostò attorno al 1850 dalla parte dell'archivio. La letteratura fu sollevata da questo peso. Essa non invadeva più la sfera del diritto. Fino ad allora i poeti in carica e i segretari-scrittori si erano dedicati a una produzione letteraria, con caratteristiche tali che ogni tentativo di distinguerla da una giuridica si sarebbe rivelato del tutto irragionevole. La poesia e la prosa di corte provenivano da un'unica sfera: quella del sovrano. La verità dogmatica delle finzioni giuridiche e la verità poetica nei drammi dei potenti o nelle poesie sui principi facevano parte dello stesso ordine. Le tragedie di Shakespeare rispondono al dramma giuridico della successione al trono; i pezzi di Gryphius sulla ragion di stato rispecchiano il fardello di chi regna. Un Pietro della

³⁶⁸ Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit., pp. 9, 10: [Le finzioni letterarie che si occupano di amministrazioni evidenziano quei *media* e realtà del diritto che le auto-rappresentazioni non-immaginarie e accademiche del diritto e della sua storia tendono a trascurare o addirittura sopprimere. Di conseguenza, le fantasie cancelleresche di Kafka possono essere usate per scrivere una genealogia del diritto. Allo stesso modo, le finzioni di registrazione di Bartleby rispecchiano i fatti della registrazione. La narrativa di Kafka e quella di Melville non illustrano semplicemente le macchine e gli apparati del diritto, o la logica della burocrazia condotta al suo estremo. Come residui narrativi, scartati dai grandi racconti dell'origine e dell'evoluzione del diritto, essi si trovano alla fine di un processo di differenziazione, che implica anche una rimozione della letteratura dal diritto. Da queste narrazioni letterarie, la strada riconduce alle cancellerie, dove giuristi e poeti tornano a formare un'unità produttiva.].

Vigna era contemporaneamente ministro e poeta al servizio del suo signore quando concepì per un sovrano della dinastia degli Hohenstaufen, Federico II, un prologo alle leggi di grande pregio artistico. Non fu costretto a condurre una doppia vita come quella di Franz Kafka che, come noto, durante il giorno compilava testi giuridici e di notte scriveva romanzi.³⁶⁹

Dato che la poesia, dice Vismann, si trasforma in invenzione e gli atti, di contra, acquistano la forma di documenti in grado di conservare verità assolute, il diritto si separa dalla letteratura e inizia ad avvalersi degli atti in modo duplice: da un lato, li utilizza come fonte di autorità, per il carattere impersonale che li contraddistingue e per la loro soggezione a norme redazionali che gli assicura una formalità estranea agli scritti letterari; dall'altro, li converte in oggetto di regolamentazione, al fine di poterne controllare la diffusione e i criteri redazionali.³⁷⁰

In particolare, tanto la rottura con la letteratura quanto il nuovo legame con gli atti, sono funzionali, aggiunge Vismann, alla costruzione di una genealogia del diritto in termini negativi, cioè all'edificazione di un diritto che non fondandosi su qualcosa di diverso da sé, si pensa e si dice 'autopoietico', o, in altri termini, senza genesi.³⁷¹

Per spiegare questo processo di differenziazione del diritto moderno, che, attraverso l'esclusione della componente letteraria o umana dall'universo giuridico, porta alla costruzione di una macchina burocratica o inumana, fatta di 'imperativi senza imperatori',³⁷² Vismann ricorre alla metafora della costruzione di Roma, realizzata attraverso un aratro che, tracciando i confini della futura città, genera uno spazio esterno, di esclusione, ed uno interno, di inclusione.

In der römischen Antike wurde vor die noch nicht erbaute Stadt ein Pflug gezogen, um den Ort zu markieren, an dem ein Stadttor stehen sollte. Das Portal, das seinen Namen also von der Bewegung des gezogenen Pflugs (*portare*) hat, bahnt den Eingang in die kommende Stadt. Es erschließt den Raum dahinter, rahmt das

³⁶⁹ Cornelia Vismann, *Atti, non scritti letterari*, tr. it. di Loretta Monti, in *Discipline Filosofiche*, XIII, 2, Lisa Regazzoni (a cura di), *Per un'estetica della memoria*, Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 67-77, p. 68.

³⁷⁰ *Ivi*, pp. 68, 69.

³⁷¹ Cfr. Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit., p. 39.

³⁷² Di 'imperativi senza imperatori' parla Schütz nel suo omonimo articolo. Cfr. Anton Schütz, *Imperatives Without Imperator*, in *Law and Critique*, vol. 20, n. 3, November 2009, pp. 233-243.

unbegrenzte Feld. Durch das Tor wird daraus der *ager Romanus*, das Stadtgebiet von Rom. Mit der Stadt entsteht das Gesetz. Stadt und Gesetz sind koextensiv.³⁷³

Risolvendo la metafora, possiamo dire che nel primo spazio, quello esterno, si attardano la letteratura e i suoi poeti, mentre nel secondo, quello delimitato, soggiornano la burocrazia e i suoi amministratori, impegnati a vigilare la porta che consente l'accesso al diritto, la quale, sebbene aperta come quella kafkiana, deve restare inaccessibile, affinché la differenza, di ciò che un tempo costituiva una unità, resti intatta.

Le funzioni della porta o del cancello – secondo nome con cui Vismann si riferisce ai confini del diritto moderno, quando abbandona la metafora kafkiana e adotta quella melvilliana delle “*chanceries*” [barriere]–³⁷⁴ sono molteplici: sbarrare uno spazio interno della sfera giuridica; regolare l'accesso al segreto, all'*arcanum iuris*; trasformare gli uomini di campagna in cercatori di ammissione e le persone in richiedenti.³⁷⁵

Il risultato di questa operazione di sbarramento, che, materialmente, avviene attraverso la cancellazione di una vecchia legge, quella dell'unità, e l'istituzione di una nuova, quella della differenza, è, invece, unico: alimentare negli storici del diritto la mania per l'autentico, incitarli a ricercare gli ultimi sopravvissuti di una cancellazione.³⁷⁶

Ma, affinché sia possibile trovare tracce delle cancellazioni, è necessario che qualcosa, nel processo di cancellazione, vada storto.³⁷⁷ Senza quest'intoppo, il discorso sulle cancellazioni si intreccia con il suo paradosso, quello della non verificabilità della sua esistenza.³⁷⁸

Pertanto, scrive Vismann:

It would be a trap (...) to address chanceries as the topos of the uncanceled state of law. It is not an archive or a deposit for cancels but rather the place where these are

³⁷³ Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit., p. 31: [Nell'antichità romana un aratro venne trascinato intorno alla città, che non era stata ancora costruita, per individuare il punto in cui la porta doveva essere collocata. Il portale, il cui nome deriva dal movimento dell'aratro teso (*portare*), spiana la strada alla città futura. Esso apre lo spazio che sta dietro e incornicia il campo illimitato. La porta crea l'*ager Romanus*, l'area urbana di Roma. Assieme alla città, il diritto viene alla luce. Città e diritto sono coestensivi.].

³⁷⁴ Cfr. Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, op. cit., pp. 136, 137.

³⁷⁵ *Ivi*, p. 135.

³⁷⁶ *Ivi*, p. 138.

³⁷⁷ *Ivi*, p. 139.

³⁷⁸ *Ibidem*.

manufactured. It is concerned with a temporal figuration. To refer to a cancelled sheet is therefore to refer to something that Chapman calls an “imaginary sheet”. And by extension, chanceries are imaginary only to the extent that their output is, which then, like all dreams, informs the symbolic order. They are real, however, in so far as that which they do is real. The specific action from whence they derive their name is the paradoxical act of bringing something into non-existence, which is not at all the same as nothingness. A hint of the former existence makes the difference. The bar is all that remains of an alleged former state, the residue of barring operation. And if, for once, we break through the legal barriers, as we can by surfing on the back of the imaginary or a fiction, like the chancery story of *Bartleby*, we learn something about this dream-state of law. Legal history thus takes a detour through fiction in order to gain ground for the facts.³⁷⁹

La sbarra, dunque, è ciò che va storto nel processo di cancellazione, la traccia, l'indizio di una esistenza precedente che viene annullata e che, però, con l'aiuto della finzione, può essere restituita alla storia.³⁸⁰

Noi siamo ammessi sino alla sbarra, continua Vismann, e non oltre.³⁸¹ Alla sbarra litighiamo e ci confrontiamo con l'ordine simbolico del diritto.³⁸² Tuttavia, attraverso la finzione – che è ciò che, assieme a noi, resta in attesa, al di qua della sbarra – possiamo far prendere alla storia una nuova piega,³⁸³ riempiendo quello spazio vuoto che il diritto, con l'avvento della modernità, lascia dietro di sé, emancipandosi da tutto ciò che gli conferirebbe un volto umano ed intraprendendo così una nuova ascesa verso le sfere celesti.

³⁷⁹ *Ivi*, pp. 139, 140: [Sarebbe una trappola (...) considerare le cancellerie come i luoghi dello stato del diritto non cancellato. Non si tratta di un archivio o di un deposito per le cancellazioni, ma piuttosto del luogo in cui queste sono realizzate. Ciò a che vedere con una figurazione temporale. Fare riferimento ad un foglio cancellato equivale a riferirsi a qualcosa che Chapman chiama un “foglio immaginario”. E estensivamente, le cancellerie sono immaginarie solo nella misura in cui il loro prodotto è ciò che, come tutti i sogni, informa l'ordine simbolico. Sono reali, comunque, nei limiti in cui ciò che esse fanno è reale. L'azione specifica da cui derivano il loro nome è l'atto paradossale di portare qualcosa a non-esistere, che non è affatto la stessa cosa del nulla. Un indizio dell'esistenza precedente fa la differenza. La barriera è tutto ciò che rimane di un presunto stato precedente, il residuo di una operazione di sbarramento. E se, per una volta, infrangiamo le barriere legali, come possiamo navigando sul retro della immaginario o della finzione, come la storia della cancelleria di *Bartleby*, impariamo qualcosa circa questo sogno-stato di diritto. La storia del diritto compie così, grazie alla finzione, una deviazione, al fine di far guadagnare terreno ai fatti.].

³⁸⁰ *Ivi*, p. 140.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ *Ibidem*.

Bartleby, come Josef K., ci invita ad andare oltre la sbarra, a ricostruire ciò che dietro la sbarra si intravede ancora.³⁸⁴

Questa prima parte della riflessione vismanniana è ricca di idee, ma resta vaga; contiene tesi chiave, in merito alla costruzione di un dialogo tra l'opera di Melville e quella di Kafka, ma la loro articolazione è ancora in fasce e non va al di là di una mera dichiarazione di principi.

Infatti, l'autrice ci dice che le cancellerie, che appaiono nelle finzioni di *Bartleby* e *Der Prozeß*, “as a transitional topos they make law real and are – like all factories – hidden or in the outskirts of the Law”³⁸⁵ [in quanto luogo di transizione, rendono il diritto reale e stanno – come tutte le fattorie – nascoste o situate nelle periferie della Legge], ma non arriva a chiarire in quale luogo reale del diritto moderno esse soggiornano; così come, pur definendo le “*chancery stories*”³⁸⁶ [storie di cancelleria] come “*the saddest stories that can be imagined*”³⁸⁷ [le storie più tristi che possano essere immaginate], non spiega ancora se la pratica delle cancellazioni, di cui esse sono vittime e complici, interferisce negativamente sull'operatività del diritto moderno o se, invece, rientra in una *oikonomia* imprescindibile dello stesso.

Tuttavia, ciò che è assente in *Cancels*,³⁸⁸ o che vi appare solo in modo latente, viene alla luce in *Akten*;³⁸⁹ qui, infatti, gli interrogativi aperti dalla prima tappa del pensiero di Vismann, nell'ambito di un contributo dedicato quasi esclusivamente a *Bartleby*, trovano quelle risposte che, al principio, potevano solo essere suggerite e che ora, invece, grazie ad un'analisi comparata dei testi di Melville e Kafka, possono essere dichiarate apertamente.

È bene precisare che *Akten*, a differenza di *Cancels*, non nasce come uno studio convenzionale di *Law and Literature*, bensì come una riflessione storico-giuridica sul diritto moderno, dove la letteratura non costituisce né lo strumento di analisi di una determinata forma o istituto giuridico né il regime dell'ermeneutica giuridica, ma quella componente pre-moderna del diritto che, con l'avvento della tecnologia dei media, viene esclusa dal sistema giuridico e sostituita dagli scritti di archivio.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ *Ivi*, p. 134.

³⁸⁶ *Ivi*, p. 150.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, op. cit.. Da ora in poi solo *Cancels*.

³⁸⁹ Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit.. Da ora in poi solo *Akten*.

Più correttamente, *Akten* è un'indagine sull'intesa che si instaura, intorno al 1850, tra diritto e atti, a discapito della letteratura, e che rende possibile, come ha scritto Zartaloudis, la cancellazione della produzione umana del diritto, favorendo un “*self-generated, autonomous law*”³⁹⁰ [un diritto auto-generato, autonomo].

Difatti, in virtù delle loro caratteristiche – la non attribuibilità ad un singolo autore; la conservazione di una memoria assoluta del passato, non corrotta e al di sopra del ricordo soggettivo; il rispetto di procedure d'ufficio prestabilite –,³⁹¹ gli atti contengono una promessa allettante per il diritto moderno, una promessa che, in seguito, si accolleranno gli strumenti di registrazione come i nastri magnetici, le macchine fotografiche, le telecamere: registrare la realtà.³⁹²

Ed è questa peculiarità che attrae il diritto moderno, spingendolo a stringere con gli atti un duplice sodalizio: da un lato, essi divengono la fonte della sua autorità, data l'oggettività e l'affidabilità che li contraddistinguono; dall'altro, si convertono in uno dei suoi oggetti di regolamentazione, data l'esigenza di stabilire in modo certo le regole che ne disciplinano la redazione, l'archiviazione, la circolazione e la distruzione.

In questo modo, gli atti legittimano il diritto e il diritto legittima gli atti. Scrive ancora Zartaloudis, nella recensione di *Akten*:

(...) there is no origin, no foundation of the law other than in the file itself, albeit which has no origin other than its own formality. As a result in the formal apparatus of the file the law continues to encounter only false paradoxes with regard to its origin. Excepting the human act that makes law, the file normalizes, files, the exception in its extreme form.³⁹³

Gli atti, dunque, in quanto documenti senza autore, formalità generate nelle sedi del diritto – uffici amministrativi, tribunali, ministeri –³⁹⁴ inaugurano uno spazio formale per la presunta autodeterminazione del diritto;³⁹⁵ annullano i soggetti, le volontà sovrane, gli arbitrii e permettono la costruzione di una

³⁹⁰ Thanos Zartaloudis, *The Archival Work of the Law*, op. cit., p. 135.

³⁹¹ Cfr. Cornelia Vismann, *Atti, non scritti letterari*, op. cit., p. 67.

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ Thanos Zartaloudis, *The Archival Work of the Law*, op. cit., p. 136: [non vi è origine, fondamento della legge che non sia l'atto stesso, sebbene questo non abbia altra origine che la sua formalità. In quanto risultato nell'apparato formale dell'atto, il diritto continua ad incontrare solo falsi paradossi intorno alla sua origine. Ponendo in disparte l'azione umana che realizza la legge, l'atto normalizza, appiana l'eccezione nella sua forma estrema.].

³⁹⁴ Cfr. Cornelia Vismann, *Atti, non scritti letterari*, op. cit., p. 68.

³⁹⁵ Cfr. Thanos Zartaloudis, *The Archival Work of the Law*, op. cit., p. 135.

memoria giuridica fatta di leggi, regolamenti, sentenze; cancellano le discussioni private, i carteggi, gli appunti, le note a margine, le lotte per i diritti e registrano solo i prodotti dell'attività legislativa e giudiziaria, che riciclano poi per produrre altri prodotti, fingendo di non avere altra origine che la propria.

In tal modo, il mito della purezza del diritto moderno scrive la sua storia, dimenticando ciò che sta davanti alla legge – il processo creativo – e registrando solo il risultato.

Ma, questo culto del dato come opera perfetta fin dal momento della sua origine è, come scrive Femia, in *Rinfondare dal fondo*, feticista, perché invece di pensare il diritto come una proposta da costruire, lo presenta come un oggetto da imporre, una scoperta indiscutibile per i suoi destinatari.³⁹⁶

E, difatti, conservare soltanto quei testi nei quali il diritto vuole apparire nella forma di dato, di unità precostituita, di asserzione di un ente, senza origine né meta, significa assecondare il progetto positivista di oblio della costruzione procedurale del diritto, disperdere le tracce del suo divenire, negare la realtà di un diritto quale creazione umana, per creare il mito di un diritto come autoprodotta.³⁹⁷

Pertanto, partendo dalla premessa di questa mitologia – la caduta nell'oblio del processo creativo del diritto –, *Akten* si propone di riesumare il processo costituente, per consentire al diritto di uscire dalla prigione di carta (gazzette, archivi notarili, biblioteche, etc.) nella quale ha rinchiuso se stesso ed il suo potenziale creativo.

Per realizzare quest'impresa, scrive Vismann, occorre situarsi, come fanno Bartleby e Josef K., nelle cancellerie, “*in the headquarters of juridical command*”³⁹⁸ [nei quartieri generali de comando giuridico], dove diritto e sogno coincidono, dove gli ordini precisi non esistono ancora, ma sono in qualche modo anticipati, sognati.³⁹⁹

In questi luoghi di transizione, sono sepolte quelle verità che possono essere raggiunte dalla ragione, prima che, con un atto di fede, si accettino le verità

³⁹⁶ Così Pasquale Femia, in *Rifondare dal fondo*, una introduzione al progetto di creazione di un archivio digitale dei giuristi del novecento, consultabile al seguente link:

http://www.valar.unina2.it/jsite/index.php?option=com_content&view=article&id=20:fondodiritto-archivio-digitale-dei-giuristi-del-novecento-diretto-da-pasquale-femia&catid=10&Itemid=110

³⁹⁷ Cfr. Pasquale Femia, *Rifondare dal fondo*, op. cit..

³⁹⁸ Cornelia Vismann, *Cancels: On the making of law in chanceries*, op. cit., p. 134.

³⁹⁹ *Ibidem*.

rivelate; in essi riposano le battaglie per i diritti umani, i desideri delle minoranze, le diatribe politiche, le obiezioni di coscienza e, più in generale, tutte quelle agitazioni sociali che sognano e, in un certo senso, preannunciano quello che sarà poi il diritto dato.

Nel discorso giuridico, scrive Vismann, questi luoghi sbarrati e tuttavia visibili dietro le sbarre delle moderne cancellerie del diritto, si chiamano preamboli.⁴⁰⁰ Essi includono “Prolog, Prooimium, Praefatio”⁴⁰¹ [prologo, proemio, prefazione] e, da un punto di vista tecnico, non sono nient'altro che una barriera; stanno al testo come l'aratro sta alla città di Roma, ovvero marciano un confine che annuncia lo spazio chiuso della futura città.⁴⁰² Così come le barriere organizzano l'accesso fisico allo spazio giuridico, i preamboli facilitano l'accesso ermeneutico ai testi giuridici.⁴⁰³ Essi introducono al diritto e ne guidano l'applicazione, ma non possiedono forza giuridica, perché come gli uscieri dei tribunali ed il cappellano della prigione, che compaiono nella finzione di Kafka, appartengono al diritto senza però essere essi stessi diritto.⁴⁰⁴ Contengono le preoccupazioni, le ragioni ed il contesto storico in cui la legge si dà, ma non sono la legge data.⁴⁰⁵ Raccontano una storia che preannuncia il diritto, ma che il diritto stesso non può contenere, perché i dogmi dell'astrattezza e della generalità delle norme giuridiche non glielo permettono.⁴⁰⁶ Come ha scritto Derrida: “»*Seine kategorische Autorität kommt dem Gesetz nur zu, wenn es ohne Geschichte, ohne Genese, ohne mögliche Ableitung ist.*»”⁴⁰⁷ [Per essere investita della sua categorica autorità, la legge deve essere senza storia, genesi, o qualsiasi loro possibile derivazione].

Pertanto, le storie devono essere, in linea di principio, interdette dal diritto, anche se, poi, possono riapparirvi nella forma di preamboli, sotto formule stilizzate come: “*IN DEM FESTEN WILLEN...; IN DEM VORSATZ...; IN DER ERKENNTNIS...; IN DEM BESTREBEN...; IN DEM WUNSCH...; IN DER ABSICHT*”⁴⁰⁸ [CON LA DETERMINATA VOLONTÀ DI...; CON

⁴⁰⁰ Cfr. Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit., p. 39.

⁴⁰¹ *Ibidem.*

⁴⁰² *Ibidem.*

⁴⁰³ *Ibidem.*

⁴⁰⁴ *Ibidem.*

⁴⁰⁵ *Ibidem.*

⁴⁰⁶ *Ibidem.*

⁴⁰⁷ Così Cornelia Vismann citando Derrida, in *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit., p. 39.

⁴⁰⁸ *Ivi*, p. 40.

L'INTENZIONE DI...; RICONOSCENDO...; CON LA SOLLECITAZIONE DI...; COL DESIDERIO DI...; NEL TENTATIVO DI...].⁴⁰⁹

Tuttavia, proprio il linguaggio utilizzato in queste formule serve a precisare che le storie, pur assolvendo ad una funzione reale nell'ambito del diritto moderno – guidare il suo processo ermeneutico – non devono considerarsi, per le ragioni già indicate, come una sua componente, perché se è vero che esse sono ciò che rende possibile il processo di comprensione, interpretazione e applicazione della legge, è anche vero che essere restano un'a-priori rispetto al diritto formale, una introduzione e nulla più. Scrive, infatti, Vismann:

Die Geschichten sind das Apriori des formalen Gesetzes, das ohne sie unzugänglich bliebe. Oder anders ausgedrückt: Erzählungen steuern den Prozess des Verstehens, der Anwendung und Auslegung von Gesetzen. Denn was selbst keine Geschichte mehr enthalten darf, muss von Geschichten vermittelt werden. Gesetzestechnisch betrachtet besetzen Präambeln (folglich die Domäne der Narration, den Ort des Literarischen. Es ist nur nur folgerichtig, Schriftstellern wie Christa Wolf ihre Formulierung zu überlassen, die bekanntlich die Präambel zur Verfassung des »Runden Tisches« von 1990 schrieb. Die Erzählung »Vor dem Gesetz« ist eine Präambel. Geschrieben hat sie ein Schriftsteller oder genauer ein Jurist, der in der Nacht ihrer Niederschrift keine amtlichen Schreiben, sondern diese Erzählung verfasste. Sie produziert das Paradox einer Präambel ohne nachfolgendes Gesetz (...).⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Per una posizione affine a quella di Vismann, si veda José Calvo González, *Los Preámbulos y exposiciones de motivos como «prólogo» (narrativismo y producción legislativa)*, in *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 79: "(...) en el material jurídico ofrecido por los productos legislativos aparecen juntas partes dispuestas y enunciadas mediante proposiciones *prima facie* no narrativas y que igualmente emplean un lenguaje prescriptivo, directivo o normativo, también otras de inequívoco carácter y estructura narrativa, pero ya no de un modo virtual, sino sustantivo. Éste es el caso de *esa escritura proemial, situada entre la fórmula inicial de promulgación y la parte dispositiva, de que se acompañan ciertos documentos normativos, y que generalmente conocemos como preámbulos y exposiciones de motivos.*".

⁴¹⁰ Cornelia Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, op. cit., p. 40: [Le storie sono l'a-priori della legge formale, la quale, senza di esse, resterebbe inaccessibile. In altri termini, le narrazioni guidano il processo di comprensione, applicazione e interpretazione delle leggi, le quali, proprio perché non possono contenere storie, devono essere mediate dalle stesse. Tecnicamente i preamboli occupano il dominio della narrazione, lo spazio della letteratura, e questo è il motivo per cui ha senso lasciare la loro composizione ad autori come Christa Wolf, che nel 1990 scrisse il preambolo per il progetto di una costituzione della Tavola Rotonda che coinvolgeva gruppi per i diritti civili e la burocrazia barcollante del vecchio regime della Germania dell'Est. La storia *Davanti la legge* è un preambolo. È stata scritta da un autore o, più precisamente, da un giurista, che ha passato la notte a comporre un racconto, anziché un pezzo di scrittura ufficiale. Il racconto produce il paradosso di un preambolo senza la seguente legge].

In questo senso, lo stare davanti alla legge dell'uomo di campagna kafkiano, nella forma di un racconto, è un modo per entrare nella legge, per farsi ospitare da questa, come dice Derrida, senza però potervi soggiornare a lungo, perché lì il diritto di cittadinanza è, per principio, negato.⁴¹¹

E anche lo stare davanti alla legge dello scrivano di Melville, il suo dimorare tra lettere morte, è un'esperienza di accesso mediato e temporaneo all'universo giuridico, un'attardarsi tra copie che differiscono sempre il confronto con l'originale.⁴¹²

Così, conclude Vismann, la genealogia del diritto che possiamo ricostruire con le narrative di Melville e Kafka è la storia di una economia tra pre-giuridico e giuridico, tra pre-scritto e scritto, tra letteratura e diritto, dove la prima introduce e guida la comprensione del secondo, rivendicando la sua maternità, mentre il secondo, pur avvalendosi della prima, a scopo riproduttivo, la relega al margine, fingendosi orfano.⁴¹³

È ovvio che questa storia non è stata scritta dal diritto stesso – che resta in silenzio riguardo i suoi archivi –, ma dalla letteratura, in particolar modo, dalle opere di Melville e Kafka che hanno fatto del diritto il loro oggetto.⁴¹⁴ Ed è altrettanto ovvio, poi, che il compito di riesumarla non potesse spettare né ad un letterato né ad un giurista, bensì ad un terzo imparziale e con la passione per l'archeologia giuridica – lo storico del diritto.

1.4 I limiti di tali riflessioni e la costruzione di una memoria dei paradossi del diritto moderno come impresa comune a Kafka e Melville

I contributi fin qui esaminati, tracciano interessanti convergenze tra l'opera di Melville e quella di Kafka: l'analisi di Borges introduce la figura dell'*homo domesticus* come emblema della subordinazione dell'uomo moderno ai nuovi dispositivi di governo, rintracciabile tanto nel *Bartleby* di Melville, come in svariate opere della letteratura kafkiana; l'intervento di Camus attribuisce a Melville e Kafka un'impresa comune – la costruzione del mito della lotta dell'uomo contro il male; gli studi di Deleuze inscrivono le opere dei due classici

⁴¹¹ *Ibidem.*

⁴¹² *Ivi*, pp. 48-58.

⁴¹³ *Ivi*, pp. 41, 42.

⁴¹⁴ *Ivi*, p. 29.

della letteratura in un filone letterario nuovo e, per così dire, politicizzato – quello delle letterature minori; Agamben vede in *Bartleby* e Josef K. dei nuovi Messia, venuti ad annunciare la legge della contingenza; Vismann, da ultimo, trova, in *Bartleby* e *Der Prozeß*, le tracce delle cancellazioni compiute dal diritto moderno nell'attuazione del suo progetto positivista di negazione del fondamento.

Senza questi apporti, che scavano nei testi di Melville e Kafka, per portare alla luce e assemblare i pezzi di un'unica storia, la riflessione che si cerca qui di articolare non sarebbe nata. Tuttavia, sebbene quest'ultima debba ai primi la sua genesi, null'altro la lega ad essi, non il metodo, non il contenuto, né gli obiettivi dell'analisi. Da un punto di vista metodologico, essa utilizza la narrativa di Melville e quella di Kafka per costruire la memoria di realtà giuridiche sulle quali il diritto, nella sua forma attuale, non può dire nulla e si presenta, pertanto, dichiaratamente, come un lavoro di *Law and Literature*. Relativamente al suo contenuto, essa rintraccia in alcuni testi di entrambi gli autori un discorso letterario interamente incentrato sulla relazione moderna tra diritto e violenza, che utilizza, poi, con il fine di restituire al diritto moderno una visione dei propri paradossi.

Più precisamente, questa riflessione filosofico-giuridica, che si serve della letteratura per rendere accessibili realtà giuridiche che fuori dal discorso letterario restano sbarrate, si presenta come un percorso alternativo a quelli summenzionati; un percorso, che nel costruire la sua differenza, lavora con quegli elementi che, sebbene presenti tanto nell'opera di Melville quanto in quella di Kafka, vengono trascurati dagli studi precedenti.

Ad esempio, con la sola eccezione del lavoro di Vismann, nessuno dei contributi, sin qui esaminati, presta attenzione alla circostanza che vede sia *Bartleby* sia Josef K. impegnati in un confronto costante e serrato con i rappresentanti della legge – l'avvocato, presso il cui studio presta servizio lo scrivano di Melville e i funzionari de *Il processo*. Anche il carattere singolare delle loro vicende passa inosservato. Il caso di *Bartleby* si nutre della stessa originalità di quello di Josef K. – non si erano mai visti uomini con preferenze negative nei confronti della legge né imputati ignari delle proprie colpe – eppure, anche questo dettaglio sfugge a Borges, Camus, Agamben e Vissman, per apparire solo, ed in modo del tutto accidentale, nell'analisi di Deleuze. Nemmeno agli aspetti architettonici viene data la giusta attenzione, i quali, nonostante

rappresentino una realtà significativa tanto in Kafka, quanto in Melville, restano senza voce nei loro interpreti. Così come, silenziata appare anche la violenza giuridica che, quasi invisibile nelle prime pagine di *Bartleby* e *Der Prozeß*, si materializza alla fine della narrazione, dove vediamo i corpi dei protagonisti giacere su pietre fredde, abbattuti da una forza che non promana da un potere sovranaturale, bensì da un dispositivo terreno, e non meno potente, quello giuridico.

Ripescando questi elementi dal dimenticatoio in cui sono caduti e riannodandoli in un'unica trama, è possibile ricostruire quel discorso su diritto e violenza alla cui elaborazione hanno collaborato Kafka e Melville; il primo studiando la questione dell'origine del diritto moderno e dando un volto al paradosso che essa implica – quello di una fondazione violenta che reca la promessa di una rottura con la violenza –, il secondo analizzando il meccanismo di conservazione del diritto moderno e costruendo la memoria di un altro paradosso con cui il giurista odierno è costretto a convivere – quello della detenzione del monopolio dell'uso della forza, ovvero del ricorso alla violenza per mantenere la promessa originaria.

Nelle pagine che seguono a questo capitolo, utilizzando gli stessi criteri che hanno guidato la stesura del capitolo su Kafka, ci occuperemo dapprima della ricerca artistica di Melville e del contesto in cui nasce, e poi della specifica opera letteraria in cui i risultati di questa ricerca confluiscono – *Bartleby*.

2. Melville o delle ambiguità

2.1 La ricerca del vero e l'accesso ad un mondo ambiguo

Al pari dell'opera di Kafka, anche quella di Melville può essere pensata come un 'rizoma', per usare un termine caro a Deleuze e Guattari.⁴¹⁵ I suoi accessi, infatti, sono molteplici così come molteplici sono anche le uscite, al punto che,

⁴¹⁵ La metafora del rizoma viene adottata da Gilles Deleuze e Felix Guattari, in *Mille Plateaux* (Minuit, Paris, 1980), per indicare un tipo di ricerca filosofica che procede per multipli, senza punti di entrata o uscita ben definiti e senza gerarchie interne. Essa si contrappone ad una ricerca arborescente, tipica della filosofia tradizionale, la quale procede in modo lineare e gerarchico.

spesso, coloro che vi entrano dalla stessa porta, ne escono poi da una distinta, riportando del viaggio una cronaca che è sempre differente.

Come ha scritto Baldini, l'opera di Melville non è omogenea.⁴¹⁶ Ogni testo sottintende una cifra particolare, dato che il metodo di scrittura non consiste nella rappresentazione di oggetti, figure, passioni e rapporti mediante un sistema di simboli, ma nella rappresentazione delle loro ambiguità.⁴¹⁷ Così cercare di dare alla sua narrativa un unico marchio di identificazione sarebbe un'impresa non solo difficile, ma, soprattutto, sconsigliabile.⁴¹⁸ Nei suoi testi c'è spazio per la bontà della creazione come per il problema del male; per la critica del colonialismo come per quella del neo-imperialismo americano; per la riflessione sulla democrazia come per l'oppressione delle donne; per il capitalismo industriale come per i demoni della schiavitù.⁴¹⁹

Pertanto l'opinione invalsa nella critica, che vede in essi un rigoroso sistema di simboli, andrebbe ripensata, se per simbolo letterario si intende un segno la cui percezione suscita un'idea diversa dal suo immediato aspetto sensibile.⁴²⁰ Melville, infatti, come sembra suggerire Baldini, non utilizza dei segni per dire questo o quello, ma dice questo e quello in un unico segno, che è misura del paradosso e non traccia del simbolo da risolvere in una unità di senso.⁴²¹

Tuttavia, continua Baldini, l'utilizzo di un linguaggio per ambiguità non è proprio dell'intera opera di Melville.⁴²² È solo con *Mardi* che ha inizio la ricerca dello stesso, la quale si converte poi, a partire da questo momento, in una delle poche costanti, l'unica forse, della fase matura dello scrittore.⁴²³

La carriera letteraria di Melville, dunque, non si svolge in modo regolare, sì da poter rintracciare in essa le leggi di una parabola delineabile.⁴²⁴ Il lessico delle prime opere – in particolare, quello dei giornali polinesiani *Typee* e *Omoo*, e dei

⁴¹⁶ Cfr. Gabriele Baldini, *Melville o le ambiguità*, Riccardo Ricciardi editore, Milano-Napoli, 1952, p. 4.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ Cfr. Giles Gunn (ed.), *A Historical Guide to Hermann Melville*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 4.

⁴²⁰ Cfr. Gabriele Baldini, *Melville o le ambiguità*, op. cit., p. VII.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² *Ibidem*. Per una posizione affine a quella di Baldini si veda Agostino Lombardo, *La ricerca del vero. Saggi sulla tradizione letteraria americana* (Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1961, pp. 192-194), dove si precisa che è con *Mardi* che Melville acquista consapevolezza di quale linguaggio poetico possa rispondere alle esigenze di un'arte votata alla ricerca della verità.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ *Ivi*, p. 7.

giornali di bordo *Redburn* e *White Jacket* – non è quello di *Moby Dick*.⁴²⁵ Anzi, proprio quest'ultima opera segna il passaggio definitivo da una narrazione basata su fatti concreti e pratici, su cui appoggiare di continuo, ad una meno descrittiva, più astratta, dal significato mobile, che pone un dilemma insolubile all'interprete, quello della sua classificazione.

Scrivo, infatti, Baldini in *Melville o le ambiguità*:

Che cos'è *Moby Dick*? come lo classificheremo, perché la lettura ne possa essere impostata con nostro giovamento? lo leggeremo come un romanzo d'avventure marinare, o come un poema metafisico? come un trattato storico-bibliografico sulla pesca delle balene, o come una tragedia? lo attaccheremo, cioè, con la foga e la partecipazione con cui sfoglieremo avidamente le pagine del *Master of Ballantrae*, o con la studiata meditazione che ci ispira il *Paradise Lost*? con la curiosità erudita con cui si centellinerebbe un epistolario, o disponendoci a entrare nelle maestose convenzioni di una scena tragica? preparandoci ad accogliere, cioè, un Boswell o un Racine?⁴²⁶

Moby Dick, difatti, è una di quelle opere che pone gravi problemi al suo lettore, che lo costringe a chiedersi con quale guida addentrarsi in essa – se quella del pastore cristiano o d'un pagano idolatra, di un marinaio o di un filosofo, di un bibliografo o di uno psicanalista.⁴²⁷ Essa rompe definitivamente con una linea di svolgimento che sembrava agevole da seguire – quella delle avventure marinare – e compromette non solo le opere passate, ma anche quelle future, al punto che è indispensabile assumerla come misura di esse.⁴²⁸

E misurate da *Moby Dick*, le opere che la seguono paiono frantumarsi in un problematicismo oscuro, il quale è espressione non di questa o quella realtà,⁴²⁹ ma dell' ambiguità intrinseca ad ogni oggetto, figura e passione.⁴³⁰

In realtà, quanto detto a suo tempo per Kafka –in merito alla teorizzazione di un mondo indistinto, attribuitagli da Calasso–, vale anche qui, per Melville. Questi non si occupa volontariamente, come vorrebbe Baldini, delle ambiguità consustanziali a cose, fatti ed emozioni, così come lo scrittore praghese non si

⁴²⁵ Cfr. Agostino Lombardo, *La ricerca del vero*, op. cit., p. 188.

⁴²⁶ Cfr. Gabriele Baldini, *Melville o le ambiguità*, op. cit., p. 32.

⁴²⁷ *Ivi*, p. 31.

⁴²⁸ *Ivi*, p. 7. Per una lettura di *Moby Dick* come “autentica chiave” interpretativa della ricerca poetica di Melville, si veda anche Agostino Lombardo, *La ricerca del vero*, op. cit. p. 187.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ *Ivi*, p. 4.

occupa volontariamente di “un mondo precedente a ogni separazione e denominazione”.⁴³¹ Per entrambi, l'ingresso in un mondo ambiguo e indistinto, avviene in modo accidentale, nel corso di una scrittura votata alla ricerca della verità originaria – ⁴³² una verità spesso letta in chiave religiosa,⁴³³ ma legittimamente interpretabile anche in senso laico.⁴³⁴

E che Melville, come Kafka, abbia un'ossessione per la verità, così forte da ritenere necessaria l'adozione di un linguaggio strumentale alla ricerca della stessa, lo spiega in modo chiaro Tally, nel suo “*Spaces that before were blank*”: *Truth and Narrative Form in Melville's South Seas Cartography*:

Melville's obsession with the truth, discovering it and representing it, led him to abandon personal narrative in favor of a form that enabled him to produce a more comprehensive, and therefore truer, picture. In his life, Melville found what he thought were authentic or true places far from home, in the extraterritorial contact zone of the Pacific, with its vast blank spaces on the world map. Melville's enthusiasm for the apparent novelty and purity of Pacific cultures enabled him to write the personal narratives that brought him early fame, but he found that the representational form was not adequate to his task. Such works failed to deliver the whole truth, which for Melville means that they failed to be true at all. (...) Melville developed the peculiar narrative form of *Moby-Dick* as a way to represent more accurately the “truth” he felt he had discovered in the South Seas. Melville's struggles with, and eventual decision to abandon, the narrative form used in his early works are related to issues both epistemic and stylistic, requiring answers to the questions, *How do I know the truth?* and *How do I represent it?* In exploring the blank spaces of his map, Melville tries to find the truth in those exotic places of the Pacific; in his quest, Melville discovers that his cartographic techniques – the

⁴³¹ Roberto Calasso, *K*, op. cit., p. 16.

⁴³² Cfr. Agostino Lombardo, *La ricerca del vero*, op. cit., p. 186: “L'arte è per Melville strumento di ricerca, strumento di conoscenza. Egli usa l'arte per conoscere la verità, per penetrare nel mistero della vita.”.

⁴³³ In questa direzione si vedano, in particolare, i testi di William Braswell, *Melville's Religious Thought: An Essay in Interpretation*, Duke University Press, Durham, 1943; Nathalia Wright, *Melville's Use of the Bible*, Duke University Press, Durham, 1949; Lawrence R. Thompson, *Melville's Quarrel with God*, Princeton University Press, Princeton, 1952; H. Bruce Franklin, *The Wake of the Gods: Melville's Mythology*, Stanford University Press, Stanford, 1963; Williams Hamilton, *Melville and the Gods*, Scholars Press, Chico, 1985.

⁴³⁴ Così Michael Paul Rogin, *Subversive Genealogy: The Politics and Art of Herman Melville*, Alfred A. Knopf Incorporated, New York, 1983; Dennis Pahl, *Architects of the abyss: the indeterminate fictions of Poe, Hawthorne, and Melville*, University of Missouri Press, Columbia, 1989; Bruce Leonard Grenberg, *Some Other World to Find: Quest and Negation in the Works of Herman Melville*, University of Illinois Press, Urbana, 1989.

narrative form of his writing – had to change in order to present the truth as he saw it.⁴³⁵

Tuttavia, per testimoniare quest'ossessione per la verità, non è necessario appellarsi alla riflessione di Tally, dato che Melville stesso, nell'aprile del 1851, in una lettera indirizzata ad Hawthorne – inizialmente pensata come un commento ad un libro dell'amico, *The House of the Seven Gables: A Romance*, ma poi divenuta occasione per discutere sull'arte di questi, in generale, e sulla propria – fornisce ragguagli in merito:

And here we would say that (...) we should like nothing better than to devote an elaborate and careful paper to the full consideration and analysis of the purport and significance of what so strongly characterizes all of this author's writings. There is a certain tragic phase of humanity which, in our opinion, was never more powerfully embodied than by Hawthorne. We mean the tragicalness of human thought in its own unbiassed, native, and profounder workings.⁴³⁶

Secondo l'interpretazione che di questo passo da Christodoulou, per capire cosa intenda Melville per verità e quale sia il processo attraverso il quale egli crede la si possa conoscere, occorre riflettere sulle implicazioni della seguente espressione:

⁴³⁵ Robert T. Tally Jr., "Spaces that before were blank": *Truth and Narrative Form in Melville's South Seas Cartography*, in *Pacific Coast Philology*, vol. 42, n. 2, Transoceanic Dialogues, 2007, pp. 181-198, pp. 181, 182: [L'ossessione di Melville con la verità, con la sua scoperta e rappresentazione, lo condusse ad abbandonare la narrazione personale in favore di una forma che gli permettesse di produrre un'immagine più completa, e quindi più vera, della stessa. Nella sua vita, Melville trovò ciò che credeva fossero luoghi autentici o veri lontano da casa, nella zona di contatto extraterritoriale del Pacifico, con i suoi vasti spazi vuoti sulla mappa del mondo. L'entusiasmo di Melville per l'apparente novità e purezza delle culture del Pacifico gli permise di scrivere i racconti personali che lo resero presto famoso, ma scoprì che la forma rappresentativa, non era adeguata al suo compito. Tali opere fallirono nell'intento di consegnare la verità intera, che per Melville significa che non riuscirono affatto ad essere vere. (...) Melville sviluppò la particolare forma narrativa di *Moby Dick* al fine di rappresentare più accuratamente la "verità" che sentiva di aver scoperto nei mari del sud. Le lotte di Melville con, e l'eventuale decisione di abbandonare, la forma narrativa utilizzata nei suoi primi lavori sono connesse con le questioni epistemica e stilistica, le quali richiedono risposte alle domande, *Come conosco la verità?* e *Come la rappresento?* Esplorando gli spazi vuoti della sua mappa, Melville cerca di trovare la verità in quei luoghi esotici del Pacifico; nella sua ricerca, Melville scopre che le sue tecniche cartografiche – la forma narrativa della sua scrittura – devono cambiare per presentare la verità come lui l'ha vista.].

⁴³⁶ Herman Melville, *Correspondence*, in Lynn Horth (ed.), *The Writings of Herman Melville: Correspondence*, vol. XIV, The Northwestern-Newberry Edition, Evanston and Chicago, 1993, p. 186: [E qui diremmo che non vorremmo niente di meglio che dedicare un saggio elaborato e attento alla considerazione e analisi del significato e della portata di ciò che caratterizza così fortemente tutti gli scritti di questo autore completo. C'è una certa fase tragica dell'umanità che, a nostro parere, non è mai stata incarnata in modo più potente se non da Hawthorne. Intendiamo la tragicità del pensiero umano nei suoi lavori imparziali, nativi, e più profondi.].

“the tragicalness of human thought in its (...) unbiassed (...) workings” [la tragicità del pensiero umano nei suoi lavori imparziali (...)].⁴³⁷

La scelta di questi termini, continua Christodoulou, non è casuale.⁴³⁸ Melville parla precisamente di un pensiero umano e non di una mente umana, riferendosi al processo intellettuale nel suo complesso e non solo alle funzioni del cervello – immaginazione, memoria, senso, percezione.⁴³⁹

Cosa vuole dirci introducendo questa nozione più generale? Sta forse mettendo in discussione la teoria di Aristotele sull'intelletto, che vuole la mente come un compendio di forme a-priori degli oggetti? E ancora, perché definisce tragico il pensiero umano?⁴⁴⁰ Né Aristotele né la filosofia più tarda avevano mai individuato alcuna tragicità nelle nostre facoltà intellettive. Al contrario, essi consideravano l'intelletto come un dono di Dio, come l'unico strumento per l'auto-conoscenza e la scoperta della verità e pensavano l'uomo come la creatura più favorita e privilegiata dell'universo.⁴⁴¹ Come Melville arriva, dunque, a scoprire questa tragicità e perché tale scoperta lo induce a considerare i principi della logica aristotelica – identità, non contraddizione, terzo escluso – come pregiudizi?⁴⁴²

Sebbene Melville fosse un uomo pratico, con i piedi ben piantati sulla terra, a un certo punto della sua esistenza, dice Christodoulou, fa una scoperta che lo cambia profondamente e che lo inizia alla vera arte: realizza che in un albero, per esempio, sono nascoste due cose, il concetto di albero e la cosa che noi chiamiamo albero.⁴⁴³ Questa intuizione preliminare lo porta a credere che l'oggetto che chiamiamo albero acquista una propria individualità, un proprio corpo ed una propria essenza solo quando è 'vestito' con il concetto o il termine albero, ma rimossa questa 'veste', perde la sua realtà, non distinguendosi da altro – non dalla montagna, non dal mare, non dall'uomo, ecc..⁴⁴⁴

⁴³⁷ Così Athanasios C. Christodoulou, *The “Tragicalness of Human Thought”. An Introduction to Melville's Theory of Knowledge*, in Sanford E. Marovitz, A. C. Christodoulou (ed.), *Melville “Among the Nations”*, The Kent State University Press, Kent, 2001, p. 160.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ *Ivi*, p. 161.

⁴⁴⁴ *Ivi*, pp. 161, 162.

Tuttavia, proprio questa maschera concettuale che dota l'oggetto di una realtà specifica, senza la quale le cose non avrebbero un referente linguistico, funge al tempo stesso da barriera per la conoscenza vera perché imprigiona l'oggetto in una forma determinata e interrompe la ricerca di forme nuove, di modi di dire – che sono poi anche modi di vedere – più raffinati e più veri.⁴⁴⁵ Così per superare gli ostacoli che i concetti pongono nel cammino verso la verità, occorre emanciparsi dal linguaggio ordinario, dalla sua rigidità, dalla sua presunzione di aver esaurito la verità sul mondo e iniziare un cammino artistico fatto di metafore, di allusioni, di sogni dell'altro, il solo votato alla ricerca infinita della verità – il solo anche, come dice Melville, capace di essere *imparziale*, nel senso di svincolato da distinzioni prestabilite e teso alla ri-creazione, al ri-pensamento.

In realtà, il vero ostacolo, in un cammino votato alla ricerca della verità ultima, non è rappresentato, come vorrebbe Christodoulou, dai concetti, ma dalle parole, le quali, a differenza dei primi si adattano con difficoltà ai cambiamenti sociali e vengono dotate di un nuovo significato solo dopo che ha avuto luogo un cambio nella storia dei concetti. In altri termini, le parole sono sempre le ultime a cambiare, dato che ai fini di un loro aggiornamento semantico è necessario che si produca un cambio, dapprima nella società, nella storia dei concetti poi.

Inoltre le parole, dal punto di vista semantico, sono, in un certo senso, monosignificanti, dato che, anche quando prevedono più significati, indicano per ognuno la specifica area del sapere (campo medico, giuridico, letterario, ecc.) a cui gli stessi si applicano, risolvendosi sempre in una unità di senso, a seconda del contesto in cui vengono impiegate. Esse cioè sono sempre parziali, indicano questo o quello, una cosa o l'altra e non le si può impiegare per descrivere quelli che Foucault, nella sua *Archeologia del sapere*, definisce punti di dis-continuità della storia del pensiero, ovvero quei momenti di passaggio da un vecchio ordine ad uno nuovo, i quali, a causa dell'aporia che li contraddistingue sono irrisolvibili in un'unica realtà.⁴⁴⁶

Le parole, dunque, sono inadatte a descrivere la verità ultima delle cose per due ragioni: sono anacronistiche, nel senso che si applicano ad una realtà mutevole

⁴⁴⁵ Ivi, pp. 165, 166.

⁴⁴⁶ Cfr. Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969; tr. it. di Giovanni Bogliolo, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, BUR, Milano, 2009, pp. 6-21.

che esaurisce, in ogni suo presente, il loro potenziale semantico; e sono 'parziali', nel senso che riflettono sempre un punto di vista, escludendone un altro.

Melville, pertanto, sembra aver maturato l'idea secondo la quale, per conoscere veramente, è necessario dimenticare le parole ("Take God out of the dictionary"⁴⁴⁷ [Togli Dio dal dizionario], dice a Hawthorne, e Dio cesserà di avere segreti) e aggredire la realtà così come si presenta.

Però, senza il filtro delle parole, la realtà si rivela ambigua, primitiva, indistinta e, per raccontarla così com'è, occorre dotarsi di uno strumento linguistico capace di riunire e di mantenere, sotto lo stesso segno, più significati. E quale strumento migliore, per realizzare quest'impresa, se non la metafora originaria – che ospita sempre, sotto un unico tratto, due o più sensi e che, in quanto originaria, non permette mai la sua risoluzione a favore di questo o quel punto di vista?

Per questo, conclude Christodoulou, "*Melville's language (...) never literally 'states' but always 'suggests', never means but always implies (...)*"⁴⁴⁸ [Il linguaggio di Melville non statuisce mai letteralmente, ma suggerisce sempre, non significa mai, ma implica sempre (...)].

2.2 Il "sentimento del tutto" e la costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario che anticipa quello kafkiano.

Abbiamo detto che, sebbene alcuni autori, vedano nei testi di Melville una voluta ambiguità,⁴⁴⁹ in realtà quest'ultima, come in Kafka, è solo il risultato di una ostinata ricerca del vero e della rottura con il linguaggio ordinario che essa comporta.

Ora, però, è necessario precisare che il mondo ambiguo in cui si addentra lo scrittore americano, non va confuso con quello dello scrittore praghese, perché né le coordinate geografiche né quelle storiche lo permettono.

⁴⁴⁷ Così Herman Melville, *Correspondence*, op. cit., p. 186.

⁴⁴⁸ Athanasios C. Christodoulou, *The "Tragicalness of Human Thought". An Introduction to Melville's Theory of Knowledge*, op. cit., pp. 165, 166.

⁴⁴⁹ In questo senso, si vedano in particolare gli studi di Gabriele Baldini, *Melville o le ambiguità*, op. cit., p. 4 e di Arianna Visconti, *Precetto, valore, sanzione: categorie giuridiche 'sotto processo' in Melville*, in G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti (a cura di), *Giustizia e Letteratura II*, Vita e Pensiero, Milano, 2014, p. 331.

L'America degli anni di Melville, difatti, non è l'Europa dei tempi di Kafka.⁴⁵⁰ Essa vive, nell'arco di due secoli, cambiamenti drastici, dinanzi ai quali, lo stesso Melville e gli scrittori del suo tempo (Emerson, Hawthorne, Thoreau, ecc.) non restano indifferenti: la crisi del puritanesimo; la questione dell'identità nazionale; la Dichiarazione di indipendenza del 1776, espressione dell'*American Mind* negli intenti di Thomas Jefferson; la rivoluzione degli anni 1775-1783, con la quale tredici colonie nord-americane si oppongono alla madrepatria, la Gran Bretagna; la costruzione, nel 1828, di una propria lingua con la pubblicazione del primo dizionario americano, il Webster – dal nome del suo creatore – e di una propria storia, nel 1858, con la stesura di *History of the United States of America, from the discovery of the American Continent*, di George Bancroft; la guerra civile, scoppiata nel 1861; la ricostruzione; e lo scoppio della prima guerra mondiale.⁴⁵¹

Pertanto, quando Melville scrive, la realtà che lo circonda, e di cui egli vuole sviscerare la verità profonda, è quella di un'America mobile, complessa e contraddittoria – mobile perché, in pochi decenni, da terra colonizzata e senza un'identità unitaria, passa ad essere una Confederazione di Stati, indipendenti dalla Gran Bretagna e con una propria Costituzione; complessa perché coacervo di etnie e di tensioni tra ideali contrastanti; contraddittoria perché terra defraudata dai colonizzatori e convertita in potenza mondiale, con la collaborazione dei colonizzatori stessi.

Aggredire verbalmente questa realtà nella sua totalità, come Melville vorrebbe, non è facile, soprattutto perché la lingua, di cui si dispone per raccontarla, ha anch'essa una storia complessa e contraddittoria – è l'inglese 'americanizzato', la lingua del colonizzatore con cui deve esprimersi anche il colono.

Melville, dunque, si trova nella scomoda posizione di chi deve raccontare la propria realtà ma, per farlo, dispone di una lingua che non è la sua, poiché reca in sé le origini e i costumi di un altro popolo, quello inglese.

⁴⁵⁰ Cfr. Vito Amoroso, *La letteratura americana moderna 1861-1915*, Laterza, Bari, 2000, p. VII.

⁴⁵¹ Per un'analisi dettagliata del contesto storico-culturale in cui Melville scrive, si vedano: Carlo Izzo, *Storia della letteratura nord-americana*, Nuova Accademia Editrice, Milano, 1963; Giles Gunn (ed.), *A Historical Guide to Hermann Melville*, Oxford University Press, New York, 2005; Guido Fink, Mario Maffi, Franco Minganti, Bianca Tarazzi, *Storia della letteratura americana. Dai canti dei pellerossa a Philip Roth*, BUR, Milano, 2013.

“Non ho che una lingua e non è la mia”,⁴⁵² diceva Derrida, in *Il Monolinguisimo dell'altro*, invitando il lettore a riflettere sulla sua identità frammentata di franco-magrebino, separato dalla lingua e dalla cultura araba o berbera, dalla memoria ebraica che si suppone dovesse essere anche la sua e costretto a parlare e scrivere in francese, in una terra che non era la Francia.⁴⁵³

Come può, allora, Melville, che condivide lo stesso destino di Derrida, superare questa contraddizione, in ragione della quale si deve raccontare la propria storia in una lingua che di storia, invece, ne riflette un'altra? Come può raccontare l'America e gli americani senza ricadere costantemente negli stereotipi inglesi, sedimentati nella lingua del padrone, che vuole essere anche la lingua del servo? In che modo può liberarsi del paradosso che lo attanaglia in quanto cittadino americano, costringendolo ad essere, allo stesso tempo, “ospite” e “ostaggio” della lingua inglese?⁴⁵⁴ Come può farla finita con il sovrano “monolinguisimo dell'altro”, di chiara matrice coloniale?⁴⁵⁵ O meglio, come può convivere con l'identità che trasuda dalla madrelingua, senza dovere sacrificare la propria?

Le risposte a queste domande, le fornisce Melville stesso, nelle lettere da lui indirizzate a John Murray, l'editore che pubblicò in Inghilterra *Typee* (1846) e *Omoo* (1847), e a Nathaniel Hawthorne, amico e collega.

Sebbene possa risultare poco accademico e fuorviante riferirsi ad un materiale privato come il carteggio, per trarre informazioni che dovrebbero, invece, emergere dalla poetica di Melville, e solo lì essere ricercate; è anche vero che è soltanto nelle lettere che il giudizio dello scrittore americano sulla propria opera viene esposto in modo genuino e disinteressato e che, pertanto, anziché mistificare il significato della stessa, lo chiarisce, presentandosi quasi come un sua prefazione, una guida alla sua lettura. Ed è esattamente in questi termini che sembra concepita la lettera indirizzata a Murray, del 25 marzo 1848, in cui Melville anticipa all'editore la stesura di una nuova opera che rompe con i

⁴⁵² Jacques Derrida, *Le monolinguisisme de l'autre*, Éditions Galilée, Paris, 1996; tr. it. di Graziella Berto, *Il monolinguisimo dell'altro*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2004, p. 5.

⁴⁵³ *Ivi*, p. 67.

⁴⁵⁴ Di “ospiti” e “ostaggi” della madrelingua parla Derrida, riferendosi alla paradossale situazione linguistica in cui versano i coloni che, da un lato, vengono accolti nella lingua del colonizzatore e invitati ad esprimersi in essa; dall'altro, proprio in virtù di quest'ospitalità, sono costretti a vivere una drastica perdita delle proprie radici, restando, appunto, ostaggi di un'altra identità. Cfr. Jacques Derrida, *Il monolinguisimo dell'altro*, op. cit., p. 26.

⁴⁵⁵ Di “monolinguisimo dell'altro” parla sempre Derrida nel libro omonimo.

propositi di un tempo.⁴⁵⁶ Si tratta di *Mardi*, inizialmente concepita come narrazione fedele delle avventure dello scrittore nel Pacifico e suggello di uno stile narrativo votato alla descrizione minuziosa del reale – avviato nella prosa di *Typee* e ripreso in quella di *Omoo* –, ma poi convertita in qualcosa di “nuovo”, di “originale”.⁴⁵⁷

Melville confessa all'editore che, alla base di questo cambio nel progetto iniziale dell'opera, vi sono varie ragioni, anche se, tuttavia, il motivo principale è rappresentato dall'accusa, ricevuta dai critici, di essere “*a romancer in disguise*”⁴⁵⁸ [un narratore sotto mentite spoglie]. Da qui, dunque, la decisione di uscire con un dichiarato romanzo fantastico, “*better – I mean as a literary achievement*”⁴⁵⁹ [migliore, in termini di riuscita letteraria] e in grado di fornire “*the strongest presumptive evidence of the truth of Typee & Omoo*”⁴⁶⁰ [la più forte prova induttiva della veridicità di *Typee* e *Omoo*].

Cosa è cambiato in Melville? E soprattutto perché un'opera puramente fantastica dovrebbe fornire prove induttive della veridicità di altre opere che si presentano, invece, come narrazione fedele dei fatti? Come può cioè la fantasia essere più vera dei fatti al punto da dover essere assunta quale prova della veridicità degli stessi?

Probabilmente, Melville sta maturando in questi anni l'idea secondo la quale la possibilità di penetrare la verità più profonda delle cose non passa attraverso il linguaggio ordinario. Quest'ultimo, infatti, a causa della sua visione parziale offre solo una faccia della medaglia, occultandone l'altra. Così, per dire il vero, occorre liberarsi di questo linguaggio e adottarne uno intriso di fantasia, quello figurato, in grado di risvegliare nel lettore quel “*all feeling*”⁴⁶¹ [sentimento del tutto] tanto visibile nei testi di Goethe, dove “*separate identity is but a wretched one*”⁴⁶² [l'identità separata non è altro che una miseria]. Scrive, infatti, Melville all'amico Hawthorne:

⁴⁵⁶ Così Herman Melville, *Correspondence*, op. cit., p. 106.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ *Ivi*, p. 107.

⁴⁶⁰ *Ivi*, pp. 106, 107.

⁴⁶¹ *Ivi*, p. 194.

⁴⁶² *Ivi*, p. 193.

In reading some of Goethe's sayings, so worshipped by his votaries, I came across this, "Live in the all." (...) This "all" feeling, though, there is some truth in. You must often have felt it, lying on the grass on a warm summer's day. Your legs seem to send out shoots into the earth. Your hair feels like leaves upon your head. This is the *all* feeling. But what plays the mischief with the truth is that men will insist upon the universal application of a temporary feeling or opinion.⁴⁶³

Per vivere nel tutto, di cui parla Goethe, e del quale Melville vorrebbe fare esperienza, per lasciare traccia nelle sue opere di una verità 'imparziale' dell'America in cui vive, bisogna dar conto di "*all Powers*"⁴⁶⁴ [tutte le Potenze] che la popolano e trattare con esse "*upon an equal basis*"⁴⁶⁵ [su una base di parità], occorre cioè guardare simultaneamente al processo di civilizzazione reso possibile dal sistema coloniale e al sangue versato dai colonizzatori per mantenere il controllo delle colonie; alla bontà del Dio puritano e ai genocidi perpetuati in suo nome; alle garanzie della legge e alle sue sospensioni; all'ideale della fratellanza e alla sua non applicabilità agli americani di colore. Solo in questo modo si può far circolare nella lingua dell'altro la propria storia, far presenti l'America e gli americani in una realtà, quella linguistica inglese, che non li contempla e che, anzi, li include escludendoli.

Ecco perché, a partire da *Mardi*, Melville inaugura un nuovo linguaggio, un linguaggio metaforico-allusivo originario, che condivide con quello kafkiano le stesse sorti: l'impossibilità di risolversi in una verità temporanea e parziale; la capacità di dire più di quanto sia concesso dire; l'eterna 'significanza'.

3. La metafora del muro in *Bartleby* e il paradosso della conservazione del diritto moderno

3.1 Premessa

⁴⁶³ *Ivi*, pp. 193, 194: [Leggendo alcune massime di Goethe, tanto idoltrate dai suoi adepti, mi sono imbattuto in questa: "Vivi nel tutto". (...) In questo sentimento del "tutto", però, c'è del vero. Devi averlo spesso provato, disteso sull'erba in un caldo giorno di estate. Le gambe sembrano mettere radici in terra. I capelli sul capo danno l'impressione di foglie. Questo è il sentimento del *tutto*. Ma ciò che mette a repentaglio la verità è che gli uomini insistono ad applicare universalmente un sentimento o un'opinione temporanei.].

⁴⁶⁴ *Ivi*, p. 186.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

Se è vero che il dialogo tra Melville e Kafka può essere aperto da diverse prospettive – quella religiosa, quella psicoanalitica, quella esistenzialista, quella marxista –, data la struttura aperta, semanticamente parlando, delle loro opere; è anche vero che, dal punto di vista tematico, l'attenzione riservata, da entrambi, ai meccanismi del diritto è tale da rendere interessante un loro confronto da una prospettiva filosofico-giuridica. E in questa direzione, particolarmente proficua si rivela la lettura congiunta del *Bartleby* di Melville e del *Der Prozeß* di Kafka, la quale, come già anticipato, permette di riannodare le fila di un discorso su diritto e violenza che reca in sé la memoria dei paradossi del diritto moderno.

Per rendere valida questa tesi abbiamo dapprima analizzato i tentativi con cui vari autori hanno cercato di estrapolare, dall'analisi comparata delle opere di Melville e Kafka, le linee guida di un discorso unitario – tentativi che ci hanno permesso di vedere che, a dispetto della distanza spazio-temporale tra i due scrittori, è possibile rintracciare nei loro testi canoni estetici e varietà tematiche comuni.

In un secondo momento, abbiamo cercato di far emergere quegli elementi che, a nostro giudizio, rendono la poetica di Melville affine a quella di Kafka: la ricerca del vero e l'idea secondo la quale la stessa vada condotta attraverso la letteratura; l'ingresso in un modo ambiguo e indistinto a cui tale ricerca conduce; la costruzione di un linguaggio metaforico-allusivo originario che risponda alle esigenze di un siffatto mondo.

Resta ora da chiarire l'aspetto tematico, capire cioè cosa, dal punto di vista del contenuto, lega *Bartleby* a *Der Prozeß*.

3.2 L'originalità del caso giudiziario di Bartleby

Bartleby è senza dubbio un racconto che può essere definito originale sotto vari punti di vista: quello dei personaggi; quello dello stile letterario; quello del caso giudiziario in cui lo scrivano si trova coinvolto.

Delle varie angolature da cui questa originalità può essere osservata, Deleuze ha scelto quella del personaggio dello scrivano, definendolo “una potente Figura

solitaria che travalica ogni forma spiegabile”.⁴⁶⁶ Senza tratti particolari né generali, dominato da una logica estrema e senza razionalità, promotore di un linguaggio che travalica le leggi generali della lingua – i presupposti – e porta il linguaggio intero al limite del silenzio e della musica, Bartleby è e non può non essere “un Originale”.⁴⁶⁷

Anche Tally ha scelto questa prospettiva, vedendo in Bartleby uno scrivano che “*alienated from society, from his coworkers, from social conventions of behavior and from language itself*”⁴⁶⁸ [alienato dalla società, dai colleghi, dalle convenzioni sociali sul comportamento, dal linguaggio stesso] non fa altro che accentuare, in ogni aspetto della vita quotidiana, l'originalità del proprio carattere.

Non sembrano esistere, invece, analisi che prendano in considerazione l'originalità del caso giudiziario in cui lo scrivano di Melville si trova invischiato. Eppure, la vicenda giudiziaria di Bartleby è tanto originale quanto quella di Josef K: il primo pretende di avere delle preferenze dinanzi al diritto, che sono sempre preferenze di no a tutto ciò che proviene dalla bocca dei rappresentanti della legge e, soprattutto, avanza con insistenza le sue preferenze dinanzi ad una macchina giuridica che è già in funzione e di fronte alla quale non si può preferire che non sia così come è, né preferire non seguirla perché non è come la si vorrebbe; il secondo vuole conoscere le ragioni del processo e si aspetta che gliele dia un diritto che è nel suo momento fondante – nel suo *processo* di creazione – e che, pertanto, non conosce ancora ragioni giuridiche ma solo la promessa delle stesse (non dimentichiamo che la porta della legge è lì, aperta, dinanzi all'uomo di campagna ed è solo per lui, ma occorre aspettare, ci vuole tempo perché la promessa si realizzi).

Come ha scritto Levi, in *La ley como opción*, non si è mai vista una situazione tanto assurda quanto quella creata da Bartleby, che, in modo pacato e cortese, pretende di avere una preferenza dinanzi alla legge.⁴⁶⁹ La sua pretesa, continua Levi, ci risulta irrazionale perché nessuno di noi penserebbe mai di avere una preferenza dinanzi all'indecidibile che è la legge.⁴⁷⁰ Quest'ultima si presenta come

⁴⁶⁶ Gilles Deleuze, *Bartleby o la formula*, op. cit., p.33.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ Robert T. Tally Jr, *Reading the Original: Alienation, Writing and Labor in “Bartleby, the Scrivener”*, in, Harold Bloom, Blake Hobby (ed.), *Alienation*, Infobase, New York, 2009, p.8.

⁴⁶⁹ Daniel A. Levi, *La ley como opción (Acerca de Bartleby)*, in *Lecciones y Ensayos*, n. 81, Departamento de Publicaciones-Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 384.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

qualcosa di assoluto, come un imperativo che ci vieta di fare le cose a nostro modo; esige un comportamento, giammai ci dà un menu di opzioni.⁴⁷¹ Bartleby, invece, si ostina ad avere delle preferenze, ad optare dinanzi all'autorità della norma, e, in questo senso, non fa altro che agire in modo insensato e incomprensibile.⁴⁷²

Ma è veramente così assurdo il gesto dello scrivano? Possiamo realmente archiviare il suo caso considerandolo una assurdità senza significato alcuno, se non quello di trascinare una situazione al di là della logica e della ragione? E se si tratta solo di questo, di un caso assurdo, perché l'avvocato ragiona con lo scrivano sul perché del suo comportamento? Mi sembrava, dice l'avvocato, che mentre mi rivolgevo a lui, egli soppesasse con attenzione ogni frase, che ne comprendesse pienamente il significato, che non potesse confutare l'ineluttabile conclusione, ma che, nello stesso tempo, una qualche suprema considerazione (*some paramount consideration*), lo costringesse a rispondere in quel modo – preferirei di no.⁴⁷³ Ecco perché, continua l'avvocato, cominciavo a dubitare delle mie convinzioni fondamentali, al punto da credere che, per quanto strano, tutta la giustizia e tutta la ragione (*all the justice and all the reason*) stessero dall'altra parte, da quella di Bartleby.⁴⁷⁴

E, difatti, la posizione dello scrivano nei confronti della legge, lungi dall'essere irragionevole, assurda, è, semmai, originale, perché rivendica dinanzi ad essa una preferenza negativa; una preferenza, cioè, che non è rifiuto espresso della legge, ma un'accettazione del suo comando e, contemporaneamente, una sottrazione allo stesso. Dato che la legge è così come è, e non potrebbe essere diversamente, Bartleby, senza trasgredirla, la evita; pur riconoscendone, cioè, l'autorità, preferisce non entrare a far parte della rete di rapporti giuridici che essa comporta.

In questo senso, egli si situa in un momento originario del diritto, quello della fondazione, quando è ancora possibile scegliere, preferire di essere regolati o meno dal dispositivo giuridico e, implicitamente, invita l'avvocato e i suoi colleghi a fare come lui, a tornare indietro, sino all'origine, per riappropriarsi delle preferenze. Ma si tratta, ovviamente, di un viaggio immaginario, che esiste solo nella fantasia di Bartleby, perché il diritto, che un tempo si poteva scegliere, è ora

⁴⁷¹ *Ibidem.*

⁴⁷² *Ibidem.*

⁴⁷³ Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 32, 33.

⁴⁷⁴ *Ivi*, p. 33.

operativo e la violenza, che lo ha fondato, ha annullato le preferenze, sostituendole con un codice binario e universale, che prevede solo il rispetto delle norme o la loro trasgressione. Con l'entrata in vigore di questo codice generale e astratto, non c'è più spazio per le preferenze.

Bartleby lo sa, sa perfettamente che, una volta attivato il dispositivo giuridico e una volta dentro i suoi ingranaggi, tornare a preferire di essere regolati da un dispositivo diverso non è più possibile, dato che la violenza che lo ha istituito e che ha consentito l'universale applicazione del suo codice, attraverso un meccanismo coattivo di inclusione, è anche la stessa che assicura tanto l'operatività del codice quanto la soggezione di tutti al suo programma di governo.

Con la fondazione del diritto moderno, infatti, viene annullata la possibilità di optare per un altro meccanismo di governo e ciò che resta preferibile, a partire da questo momento, sono solo i programmi di governo, le leggi, le quali possono essere modificate, di tanto in tanto, in ragione delle pretese sociali. Il dispositivo di governo, invece, come dicevamo, una volta adottato, diviene impreferibile e ogni tentativo, diretto alla sua disattivazione, viene represso con il ricorso all'uso della forza.

Preferire di no dinanzi alla legge, come fa Bartleby, il quale si sottrae ripetutamente al suo *Diktat*, equivale a resistere, seppur in modo passivo, e simili attitudini non possono essere accettate dal diritto.

Il fatto che lo scrivano finisca in prigione, sotto l'accusa di vagabondaggio (per avere preferito non abbandonare lo studio legale presso cui non prestava più alcun servizio), è un chiaro esempio di come il diritto non accetti alcuna messa in discussione della propria autorità.

E se l'avvocato si dimostra comprensivo nei confronti della resistenza pacata di Bartleby, se non decide giuridicamente per lui, accusandolo egli stesso di vagabondaggio, lo fa per due ragioni, in parte contraddittorie: da un lato, prova compassione per la situazione dello scrivano, che eroicamente vorrebbe situare se stesso e i suoi prossimi in un mondo esterno al dispositivo giuridico, regolato dalla logica delle preferenze e non da quella dei presupposti; dall'altro, sa che, presto, la decisione, che egli ha differito, verrà presa e che le fantasie di Bartleby saranno messe a tacere, ristabilendo l'ordine nella mente dello scrivano ed in quella di chi, standogli accanto durante la sua eroica impresa, ne ha subito il fascino.

Così il caso di Bartleby, per come ce lo racconta il suo narratore, l'avvocato, è non solo originale, perché mette in scena un tentativo di disattivazione del dispositivo giuridico, ma anche disperato perché non c'è nessuna possibilità di farla finita con il diritto, nessuna speranza di preferire non essere governati dalle sue leggi. L'ingovernabile, che subentra nell'universo giuridico con le originali preferenze negative di Bartleby, è destinato a scontrarsi con il potere disciplinare che caratterizza il diritto e a soccombervi.

Riflettendo su questa originalità che lega Bartleby a K., pare quasi che Melville e Kafka, pur non conoscendosi, abbiano collaborato nella stesura di un discorso letterario sugli aspetti originali del diritto moderno – il secondo occupandosi della fase dell'origine, laddove il diritto promette una rottura con la violenza indifferenziata, ma ricorre alla stessa per potersi edificare; il primo analizzando i meccanismi di conservazione del diritto, le decisioni, e scoprendo che il rispetto della promessa originaria (quella di una rottura definitiva con la violenza indistinta) passa inevitabilmente attraverso la minaccia o il ricorso ad una violenza che, pur dichiarandosi differente, soffre ancora di un problema di legittimazione.

Si tratta di aspetti originali nel duplice senso di *originari*, perché basati su dichiarazioni di principio – il monopolio dell'uso della forza, che spoglia il singolo di qualsiasi diritto a ricorrervi, salvo casi eccezionali come la legittima difesa, e il divieto di denegare giustizia che fa sempre presente al sistema l'obbligo di ricorrere alla violenza interna per sanzionare quella esterna; e di *indistinti* perché concernono differenze che essi dettano, ma, delle quali, essi stessi non dispongono – l'origine, infatti, è il momento in cui si statuisce che si porrà fine alla violenza illegittima, ma è anche il momento in cui, come nota Derrida,⁴⁷⁵ non si dispone ancora dei criteri per giudicare della legittimità o meno della violenza impiegata dal diritto stesso, per portare a compimento la sua promessa; la decisione, d'altro canto, è il momento in cui il diritto non può rifiutare il ricorso alla violenza interna per giustiziare quella esterna, ma è anche l'istante in cui il paradosso dell'origine (l'assenza di criterio per distinguere tra violenza legittima e violenza illegittima) si fa presente al diritto, ricordandogli che, alla base della sua

⁴⁷⁵ Jaques Derrida, *Forza di legge*, op. cit., p. 53.

violenza originaria, non ci sono motivi giuridici, ma solo dichiarazioni di principio, sorrette dal ricorso all'uso della forza.

Melville, dunque, riesce a far vedere – come fa Kafka con la questione dell'origine del diritto moderno – un altro aspetto del dispositivo giuridico, poco illuminato dalla filosofia del diritto, quello della conservazione, che vede riaffiorare, attraverso il meccanismo della decisione giudiziaria, la violenza originaria a cui il diritto ricorre per fondarsi, una violenza che è ancora senza criterio e, pertanto, dubbia nella sua legittimazione.

3.3 Il *nomos* giuridico e la sua posizione privilegiata nella teoria del diritto coveriana

Il problema della violenza che conserva il diritto è, come ha scritto Cover, uno di quei temi sistematicamente ignorati o sottovalutati nell'ambito della filosofia del diritto.⁴⁷⁶ Il silenzio intorno a questa questione o la sua marginalizzazione dipendono dal ristretto campo semantico in cui si iscrive la nozione di *ius* – quello del “*meaning*”⁴⁷⁷ – che costringe a pensare il diritto solo come significato, e non anche come “*power*”.⁴⁷⁸

Il fatto che si guardi al diritto, sottolinea Cover, solo come ad un sistema di retorica costitutiva, implica la riduzione dello stesso ad un insieme di fonti per rivendicare, contrastare e dichiarare significato, con conseguente occultamento della centralità della violenza nella pratica interpretativa giuridica.⁴⁷⁹

Perché la violenza del diritto possa emergere, è necessario pensare quest'ultimo non solo come “*a system of meaning*”⁴⁸⁰ [un sistema di significato], ma anche

⁴⁷⁶ Cfr. Robert M. Cover, *Violence and the Word*, in Martha Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat (ed.), *Narrative, Violence and the Law. The Essays of Robert Cover*, the University of Michigan Press, Ann Arbor, 1995 [1993], p. 204.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ Cover sta qui criticando le teorie del diritto di Dworkin e White, le quali, rinunciando a vedere il diritto anche come una macchina per il controllo sociale e pensandolo esclusivamente come un sistema di significati, si fanno promotrici di una visione parziale e idealizzata del diritto. Cfr. Robert Cover, *Violence and the Word*, op. cit. p. 204.

⁴⁸⁰ Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 12.

come “*an imposition of force*”⁴⁸¹ [un sistema di imposizione della forza], e chiarire cosa debba intendersi per interpretazione in campo giuridico.⁴⁸²

Quanto al primo aspetto, se è vero che le narrazioni e i precetti sono indubbiamente una componente costitutiva del diritto, dato che rinviano a quell'insieme di significati condivisi, in base ai quali l'individuo e la sua comunità orientano il loro agire; è anche vero che affinché quest'universo semantico resti coeso, mantenga cioè una qualche coerenza, è necessario un potere disciplinare che ne orienti il senso verso un'unica direzione, quella istituzionale.⁴⁸³ Scrive Cover, al riguardo:

Maintaining the world is no small matter and requires no less energy than creating it. Let loose, unfettered, the worlds created would be unstable and sectarian in their social organization, dissociative and incoherent in their discourse, wary and violent in their interactions.⁴⁸⁴

La funzione del diritto, dunque, non si esaurisce nella mera creazione di un mondo di significati condivisi, essendo necessaria, ai fini del mantenimento di questo mondo, un'istanza di controllo dello stesso. Senza un potere disciplinare, teso all'orientamento del senso, sarebbe impossibile produrre quella che Cover chiama “*authoritative narrative*”⁴⁸⁵ [narrazione di autorità] e che è, poi, ciò che impedisce che il carattere incontrollato del significato, la sua plurisemanticità, eserciti un'influenza destabilizzante sul potere costituito.

In sostanza, non è sufficiente produrre un universo di senso, ma occorre anche stabilire come interpretarlo, per evitare che si producano derive semantiche, tali da mettere in discussione l'ordine costituito.

In questo senso, l'interpretazione giuridica non può essere confusa con quella letteraria, perché, a differenza di quest'ultima, non serve solo a conoscere, ma anche e soprattutto a decidere.⁴⁸⁶ Difatti, interpretando, il giudice non solo

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² Cfr. Robert M. Cover, *Violence and the Word*, op. cit., pp. 215-224.

⁴⁸³ Cfr. Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, op. cit., p. 16.

⁴⁸⁴ *Ibidem*: [Mantenere il mondo non è cosa da poco e non richiede meno energia rispetto alla creazione dello stesso. Se lasciati liberi, senza restrizioni, i mondi creati divengono instabili e settari nella loro organizzazione sociale, dissociativi e incoerenti nei loro discorsi, sospettosi e violenti nelle loro interazioni.].

⁴⁸⁵ *Ivi*, p. 17.

⁴⁸⁶ Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 33.

chiarisce il significato delle norme giuridiche, ma lo fissa e lo mantiene come tale, praticando una violenza testuale che riduce la babele dei significati ad un *unicum* coeso e coerente.

Così, pensare il diritto come un universo semantico condiviso, se non è del tutto inesatto, è, quantomeno, fuorviante, dato che la condivisione delle sue narrazioni passa attraverso il filtro della coazione e, dunque, lungi dall'essere volontaria o spontanea, è mediata dal ricorso alla violenza.

Senza l'uso della forza, dice Cover, sarebbe improbabile ottenere il rispetto delle norme giuridiche e del loro significato, per una ragione molto semplice: la società non contempla un solo *nomos*, bensì una pluralità di mondi normativi, le cui regole spesso entrano in conflitto, da un punto di vista semantico, con quelle giuridiche. Pertanto, ai fini della conservazione del diritto, il ricorso alla violenza è vitale, serve cioè ad assicurare al *nomos* giuridico una posizione privilegiata e stabile, in un universo complesso, fatto di comunità interpretative insulari, che paiono rivendicare ciascuna un proprio 'diritto'.⁴⁸⁷

Tuttavia, aggiunge Cover, l'uso che il sistema giuridico fa della violenza è contraddittorio, poiché esso non se ne serve solo con il fine egoistico di conservarsi, ma anche con quello altruista di evitare una guerra di significati tra i distinti mondi normativi che compongono la società.⁴⁸⁸

Come ha notato Calvo, la teoria del diritto coveriana è il risultato di distinti apporti provenienti dalla filosofia, dalla letteratura e dalla teologia ebraico-cristiana sui concetti di narrazione e interpretazione,⁴⁸⁹ e, nel suo complesso, si presenta come “una labor de arqueología jurídica capaz de hacer emerger

⁴⁸⁷ Cfr. Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, op. cit., p. 42.

⁴⁸⁸ Ivi, p. 53: “Judges are people of violence. Because of the violence they command, judges characteristically do not create law, but kill it. Theirs is the jurispathic office. Confronting the luxuriant growth of a hundred legal traditions, they assert that this one is law and destroy or try to destroy the rest. But judges are also people of peace. Among warring sects, each of which wraps itself in the mantle of a law of its own, they assert a regulative function that permits a life of law rather than violence.” [I giudici sono persone di violenza. A causa della violenza che comandano, i giudici non creano il diritto, ma lo distruggono. Il loro incarico è giuspatrico. Dinanzi alla crescita rigogliosa di centinaia di tradizioni giuridiche, affermano che *solo una* è legge e distruggono o tentano di distruggere le altre. Ma, i giudici sono anche persone di pace. Tra le sette in lotta, ciascuna delle quali si avvolge nel mantello di un diritto tutto suo, essi assolvono ad una funzione regolativa che permette una vita disciplinata dal diritto, anziché dalla violenza.].

⁴⁸⁹ Cfr. José Calvo González, Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Editorial Gedisa (Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos), Barcelona, 2002, 156 pp., in *Anuario de Filosofía del Derecho*, sezione Crítica Bibliográfica, tomo XXII, 2005, p. 446, 447.

versiones alternativas del nomos”⁴⁹⁰ [un lavoro di archeologia giuridica capace di far emergere versioni alternative del *nomos*].

In tal senso, è bene precisare che il *nomos*, a cui fa riferimento Cover, non ha alcuna connotazione schmittiana.⁴⁹¹ Si tratta, piuttosto, di una trasposizione, in campo giuridico, del concetto ebraico di *halacha*, il quale evoca “a «*path*» of life (...) a «*world-view*» through which all of the world and life's experiences are perceived”⁴⁹² [un «percorso» di vita (...) una «visione del mondo» attraverso la quale vengono percepite tutte le esperienze del mondo e della vita].

Questa visione o immaginario collettivo, in cui una data comunità si riflette, non è solo una prerogativa del diritto statale, ma appartiene anche a quelle minoranze culturali come i Mennoniti, gli Amish o i Quaccheri, le quali costruiscono in maniera personale i propri miti, scelgono i propri precetti e presumono di stabilire le proprie gerarchie di norme.⁴⁹³

Così il *nomos* giuridico, nella teoria del diritto coveriana, lungi dall'essere l'unico possibile, è solo un mondo normativo tra i tanti che, al suo pari, lottano per la sopravvivenza e creano un'ermeneutica propria che resiste o si ritira dinanzi a quella giuridica.⁴⁹⁴

Tuttavia, a differenza degli altri *nomoi*, il diritto ha il vantaggio di beneficiare del monopolio statale dell'uso legittimo della forza che conferisce alla sua ermeneutica una sovrana indiscutibilità. Mentre cioè, le interpretazioni che si generano nei vari universi normativi, ai fini della loro conservazione, possono contare solo sulle loro capacità *paideutiche*,⁴⁹⁵ l'interpretazione giuridica, per

⁴⁹⁰ *Ivi*, p. 446.

⁴⁹¹ Cfr. Marco Goldoni, *Il diritto fra autorità e interpretazione*, in Robert Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Giappichelli, Torino, 2008, p. 3.

⁴⁹² Così Samuel J. Levine, *Halacha and Aggada: Translating Robert Cover's Nomos and Narrative*, in *Utah Law Review*, 465, 1998, p. 484; consultabile al seguente indirizzo on-line: <http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1328&context=scholarlyworks>.

⁴⁹³ Cfr. Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, op. cit., pp. 11-44, in modo particolare p. 33: “Sectarian communities differ from most – but not all – other communities in the degree to which they establish a *nomos* of their own. They characteristically construct their own myths, lay down their own precepts, and presume to establish their own hierarchies of norms.” [Le comunità settarie differiscono da quasi tutte le altre comunità nella misura in cui stabiliscono un *nomos* proprio. Esse costruiscono in maniera personale i propri miti, stabiliscono i propri precetti, e presumono di definire le proprie gerarchie di norme.].

⁴⁹⁴ Cfr. José Calvo González, *Cover, Robert, Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, op. cit., p. 448.

⁴⁹⁵ Cfr. Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, op. cit., pp. 12-16.

conservarsi, dispone di un mezzo ulteriore, ben più efficace della 'paideia', la violenza della decisione giudiziaria, una violenza che è, dice Cover, duplice perché, da un lato, incide materialmente sulle sfere più intime dell'individuo – la libertà, la proprietà e incluso la vita – e, dall'altro, distrugge, in senso figurato, l'universo di significati di cui l'altro è portatore, stabilendo la sovranità di un solo universo semantico, quello che nasce dalla mano del giudice e dalla bocca della legge.⁴⁹⁶

La teoria elaborata da Cover è, considerato lo scenario teorico-giuridico contemporaneo, una delle più complete e attuali riflessioni sul diritto e, sebbene elaborata in un sistema di *common law*, si dimostra capace di riflettere anche la realtà del diritto continentale dove esistono, come osserva Calvo, “*comunidades (políticas) interpretativas que ofrecen interpretaciones en conflicto con el Estado (constitucional)*”⁴⁹⁷ [comunità (politiche) interpretative che offrono interpretazioni in conflitto con lo Stato (costituzionale)].

Il fatto che essa non abbia avuto grande risonanza né in America né in Europa, al punto da apparire un caso isolato, originale, nel panorama accademico, dipende dall'eccessiva apertura del campo di analisi in cui essa si iscrive.

Pensare il diritto come un sistema di significato e di potere allo stesso tempo, significa dire più di quanto sia concesso, spingere la teoria del diritto al limite, dove non si vedono altre fonti di legittimazione del sistema giuridico se non la violenza che lo fonda e conserva; significa, in altre parole, aprire un varco alla pretesa di Bartleby, riconoscere una certa razionalità alla sua preferenza di non essere governato dal dispositivo giuridico, perché troppo violento.

Più correttamente il problema della riflessione coveriana risiede nel suo tentativo di raccontare il paradosso della conservazione del diritto moderno in un ambito discorsivo, quello della scienza giuridica, che, nel suo statuto epistemologico, non ammette la presenza di realtà contraddittorie, ma l'appianamento o la risoluzione, dove possibile, delle stesse.

Nella letteratura, invece, dove Melville riflette sullo stesso tema scelto da Cover, le barriere discorsive sono più flessibili, si può incappare in dei paradossi e non dover, necessariamente, provvedere al loro scioglimento o marginalizzazione;

⁴⁹⁶ Cfr. Robert M. Cover, *Violence and the Word*, op. cit., p. 203.

⁴⁹⁷ Così José Calvo González, *Cover, Robert, Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, op. cit., p. 448.

si può, addirittura, rappresentarli utilizzando un linguaggio metaforico-allusivo che comunica con immagini.⁴⁹⁸

In questo senso, Melville fa emergere con naturalezza ciò che Cover, solo a fatica, riesce a far vedere – la realtà di un diritto diviso tra l'impegno di rompere con la violenza indiscriminata e l'esigenza di un ricorso alla violenza legittima, la cui legittimità resta però precaria e discutibile perché conquistata attraverso il ricorso all'uso della forza brutta.

3.4 Il muro cieco e l'impreferibilità davanti alla legge

C'è un'immagine che ricorre con frequenza nel racconto di Melville ed è quella di un uomo in piedi, che contempla la grandezza di un muro cieco, per lunghi intervalli di tempo, in silenzio e perso nelle sue fantasticherie trasognate.⁴⁹⁹

Quale sia il significato di questo muro per Bartleby non ci viene svelato, ma possiamo immaginare che si tratti di qualcosa di molto importante, data l'insistenza con cui lo scrivano lo fissa, un'insistenza così ossessiva da indurci, persino, a credere che il muro costituisca la sola cosa veramente importante, l'unica su cui riflettere e verso cui dirigersi.

E che la metafora del muro abbia, nell'economia del racconto, un ruolo rilevante, lo deduciamo anche dal fatto che, sin dall'*incipit* del testo, il narratore ci invita a prestare attenzione ai ragguagli che fornirà in merito al suo ufficio ed all'ambiente in generale, ragguagli che, a suo giudizio, sono indispensabili per comprendere, in modo adeguato, la figura di Bartleby.

Pertanto, per decifrare la metafora del muro e dare un nome alle realtà a cui essa rinvia, dobbiamo tener conto della struttura e della disposizione degli spazi in cui lo scrivano agisce. Esse, infatti, riflettono, non solo una collocazione materiale del personaggio in un dato ambiente fisico, ma anche le implicazioni che quest'ambiente determina sulla psicologia del suo ospite.

Nell'analizzare questi aspetti, che attengono alle forme architettoniche presenti nel racconto e alla loro ubicazione, notiamo che la vita di Bartleby si consuma in

⁴⁹⁸ Non è un caso che Cover ricorra spesso alla letteratura, in particolare a quella melvilliana, per chiarire aspetti problematici del diritto moderno. Cfr. Robert M. Cover, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven and London, 1975, pp. 1-7, 108, 250-252.

⁴⁹⁹ Cfr. Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 41, 42, 53, 61, 62.

due spazi circoscritti e in stretta relazione con la sfera giuridica, i quali lo situano in una realtà chiusa, claustrofobica, che scatena il suo comportamento irrazionale, la sua ostinazione ad avere preferenze negative dinanzi ai comandi dell'Autorità. Si tratta dello studio legale, presso il quale lo scrivano svolge le mansioni di copista e del carcere, dove egli viene rinchiuso per vagabondaggio.

Del primo ambiente, l'avvocato (che è anche il narratore della vicenda) ci fornisce la seguente descrizione:

My chambers were up stairs, at No. – Wall street. At one end, they looked upon the white wall of the interior of a spacious sky-light shaft, penetrating the building from top to bottom. This view might have been considered rather tame than otherwise, deficient in what landscape painters call “life.” But, if, so, the view from the other end of my chambers offered, at least, a contrast, if nothing more. In that direction, my windows commanded an unobstructed view of a lofty brick wall, black by age and everlasting shade; which wall required no spy-glass to bring out its lurking beauties, but, for the benefit of all near-sighted spectators, was pushed up to within ten feet of my window panes. Owing to the great height of the surrounding buildings, and my chambers being on the second floor, the interval between this wall and mine not a little resembled a huge square cistern.⁵⁰⁰

E in questo spazio, circondato da alti edifici e muri fatiscenti, si situa non solo la vita lavorativa di Bartleby, ma anche quella personale, dato che qui, in questi locali bui, circondati da pareti esterne e divisi da paraventi interni, lo scrivano dimora senza mai uscirne – non per pranzare, non per svolgere delle commissioni, né per respirare un po' di aria pura.

Dice l'avvocato, nell'istante in cui scopre che il suo impiegato non abbandona mai lo studio, soggiornandovi a tempo pieno, come se si trattasse di una pensione completa: “(...) *here Bartleby makes his home; sole spectator of a solitude which he has seen all populous – a sort of innocent and transformed Marius brooding*

⁵⁰⁰ *Ivi*, pp. 22, 23: [I miei uffici si trovavano salendo le scale, al numero...di Wall street. Ad una estremità, essi si affacciavano su di un bianco muro all'interno di un vasto pozzo d'aerazione, che penetrava nel palazzo da cima a fondo. Tale veduta avrebbe potuto essere considerata piuttosto insulsa, priva di ciò che i pittori paesaggisti chiamano “vita”. Ma, se così era, la veduta sull'altro lato dei miei uffici offriva, quantomeno, un buon contrasto. In quella direzione, le mie finestre presentavano in libera vista un alto muro, annerito dagli anni e dall'ombra eterna; il quale muro non richiedeva l'uso d'alcun cannocchiale per rendere visibili le sue occulte bellezze, bensì, a beneficio d'ogni miope spettatore, si ergeva a soltanto dieci metri dalle mie finestre. Grazie alla grande altezza degli edifici circostanti, e al fatto che i miei uffici erano al secondo piano, lo spazio tra quel muro ed il mio somigliava non poco ad una enorme cisterna quadrata.].

among the ruins of Carthage!”⁵⁰¹ [(...) Bartleby ha scelto questo luogo come propria casa; unico spettatore di una solitudine che ha visto gremita – una sorta di innocente e trasformato Mario che medita fra le rovine di Cartagine!].

Il riferimento a Mario è tratto, con probabilità da *Le vite degli uomini illustri* di Plutarco,⁵⁰² dove lo storico narra della gelosia che venne a scatenarsi tra Mario e Silla – rispettivamente questore e console di Roma, all'epoca della spedizione contro Giugurta –, per questioni di potere legate all'assunzione del comando nelle guerre d'oltremare, volte alla conquista di nuovi territori.⁵⁰³

Secondo quanto narra Plutarco, l'affidamento, da parte del Senato, del governo della guerra contro Mitridate a Silla, suscitò l'ira di Mario, che ferito nell'orgoglio e privato di un potere che egli credeva di meritare, per le abilità e la forza di cui aveva dato prova sul campo di battaglia, decide di allearsi con Sulpicio, tribuno della plebe e “uomo di un'estrema nequizia”,⁵⁰⁴ affinché questi, con un decreto fatto emanare dal popolo, togliesse a Silla il governo della guerra e glielo affidasse, dopo averlo nominato proconsole.

Sulpicio riuscì nell'arco di pochi giorni a concretizzare il progetto di Mario e, per far sì che il decreto emanato potesse avere pronta esecuzione, inviò a Nola due tribuni militari con l'incarico di comunicare a Silla la volontà del popolo e di prendere in consegna l'esercito che constava di trentacinquemila uomini.

Ma Silla, non era il tipo d'uomo che si lascia spogliare impunemente del comando; infuriato e deciso a non subire una simile prevaricazione, radunò il suo esercito, informandolo dell'offesa ricevuta dal popolo che, abusando del suo potere, aveva deciso di privare l'esercito stesso del suo legittimo capo, affidandolo ad un uomo dalla dubbia reputazione, Mario, il quale aspirava ad assumere il comando della guerra solo per poter dividere con i suoi partigiani la gloria e il bottino.

⁵⁰¹ *Ivi*, p. 40.

⁵⁰² In merito all'influenza di Plutarco sulla narrativa di Melville si veda Dennis Berthold, *American Risorgimento: Herman Melville and the Cultural Politics of Italy*, Ohio University Press, Ohio, 2009, p. 16.

⁵⁰³ Cfr. Plutarco, *Le vite degli uomini illustri*, vol. V, recate in italiano dal Conte Pompei con aggiunta di altre vite e con note del commento di Dacier, per Valentino Crescini, Padova, MDCCCXVII, pp. 92-197; versione digitalizzata disponibile al seguente indirizzo online: <https://play.google.com/books/reader?id=TyZJTYLbHiMC&printsec=frontcover&output=reader&hl=it&pg=GBS.PR3>.

⁵⁰⁴ *Ivi*, p. 300.

Non furono necessari altri argomenti per convincere i soldati a restare dalla parte di Silla e a marciare su Roma, la propria capitale, sotto la sua guida, per liberare la città dai demagoghi. Nel mentre, Mario e Sulpicio, dato l'imminente pericolo, chiamarono i cittadini alle armi, ma in pochi risposero all'appello e Silla riuscì a penetrare in Roma. I due si diedero alla fuga, mentre Silla convinceva il Senato a decretare la loro condanna a morte.

Durante la contumacia, Mario approdò nel golfo di Tunisi, dove un tempo sorgeva Cartagine, e vi restò sino a quando il pretore romano del luogo, avuta notizia dello sbarco del fuggiasco, non gli intimò, per mezzo di un ministro, di abbandonare immediatamente la provincia.

Si narra che, a quest'ufficiale incaricato di comunicargli l'ordine, Mario disse: “Riferiscigli dunque che veduto hai Caio Mario bandito e ramingo sulle ruine seder di Cartagine.”.⁵⁰⁵

Il paragone che Melville introduce tra Bartleby e Mario sembra quasi un tentativo di trasferire, nella vicenda dello scrivano, quegli aspetti chiave che segnano l'avventura del console romano: la fuga e la contemplazione delle rovine.

Ma se è chiaro che Mario fugge da Silla e contempla la desolazione di Cartagine, completamente rasa al suolo dalla Repubblica di Roma nel corso della terza guerra punica (149-146 a.c.), non è, invece, chiaro né da chi fugga Bartleby né quali rovine contempi. Tuttavia, c'è un dettaglio, nella trama del racconto, che può aiutarci a trovare una risposta a questi interrogativi che Melville lascia aperti e si tratta dell'impossibilità della fuga dello scrivano; egli scappa da qualcosa a cui non ci si può sottrarre, qualcosa che è la sua casa, la sua protezione, e, nello stesso tempo, la sua prigionia – un sistema di immunizzazione contro i mali della società e una macchina di distruzione insieme.

E cosa può essere così ambivalente se non il dispositivo giuridico a cui lo scrivano, con le sue preferenze negative, cerca di sottrarsi senza, però, poterlo fare

⁵⁰⁵ Ivi, p. 179. L'episodio di Mario – che, sconfitto da Silla e rifugiatosi in Africa per sfuggire alla propria condanna a morte, medita tra le rovine di Cartagine – appare per la prima volta in Caius Velleius Paterculus, *Historiae Romanae*, II, 19, 4 (“*Cum Marius aspiciens Carthaginem, illa intuens Marium, alter alteri possent esse solacio.*”), ma, come già anticipato, è assai probabile che la fonte di Melville sia stata Plutarco, dato che non esistono testimonianze in merito alla lettura dell'opera di Patercolo da parte dello scrittore newyorkese. Tuttavia, in ragione della grande influenza esercitata dai classici greci e latini sulla cultura americana post-coloniale (vedi Meyer Reinhold, *Classica Americana: The Greek and Roman Heritage in the United States*, Wayne State University Press, Detroit, 1984) è bene tener presente anche questa probabile ed eventuale fonte melvilliana.

realmente, perché i muri del diritto, dentro cui egli è incluso come soggetto giuridico, sono così alti da rivelarsi insormontabili? Cosa può essere cioè così ambiguo se non il diritto moderno che, strutturatosi come universale e autopoietico, da un lato, include tutti, in qualità di soggetti di diritto, dentro le sue mura, proteggendoli dalle minacce esterne, e, dall'altro, riproducendo se stesso solo a partire da sé, in modo circolare, resta sempre cieco alle preferenze, alle pretese esterne che vorrebbero altro rispetto a ciò che esso è?

Dunque, il muro che Bartleby contempla, quella barriera circolare e inespugnabile che è, nello stesso istante, la sua protezione e il suo ostacolo più grande, pare essere proprio il sistema giuridico, quel particolare *nomos*, come dice Cover, che protegge l'uomo moderno dalla violenza fraticida dei distinti ordini normativi in conflitto, privandolo, però, del suo io più autentico, dell'universo di significato che egli porta dentro di sé, in quanto membro di una data comunità interpretativa.

In questo senso, il caso giudiziario di Bartleby è più tragico di quello di K., perché si iscrive dentro un cerchio che è ormai completo e non dentro la linea curva che è solo un'approssimazione del cerchio. Il diritto, cioè, che Melville mette in scena non è più soltanto, come in Kafka, una promessa, un qualcosa a venire, ma una realtà già data, in funzione e con una violenza duplicata, perché, a quella necessaria ai fini della fondazione, se ne è aggiunta un'altra, quella indispensabile per la conservazione. Nello spazio in cui si muove lo scrivano, non ci sono più finestre che danno verso l'esterno, ma solo finestre che si affacciano su muri; non c'è più un dentro e un fuori dal diritto, ma un unico universo che è interamente regolato dalla logica giuridica e dalla sua violenza. E quando Bartleby, nella prigione (il secondo ambiente in cui Melville lo colloca, dopo averlo situato nello studio legale) contempla ancora il muro, ai cui piedi si accascia sfinito, riposando, come dice Melville, con i re e i consiglieri,⁵⁰⁶ probabilmente le rovine, a cui sta pensando, sono quelle dell'uomo moderno, disfatto nel suo io più intimo e ricostruito come soggetto di diritto, per mano del dispositivo giuridico e della sua violenza che sempre lo conserva.

⁵⁰⁶ Cfr. Herman Melville, *Bartleby*, op. cit., p. 64.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Capitolo IV

Dal paradosso alla differenza

1. Perché una 'genealogia' e non una storia della relazione moderna tra il diritto e la violenza – 1.1 Premessa – 1.2 La genealogia: un metodo storico “severo” – 1.3 La genealogia applicata al tema dell'origine del diritto moderno – **2.** Dalla memoria del paradosso alla memoria della differenza – 2.1 Premessa – 2.2 Memoria: una scrittura per frammenti – 2.3 Il discorso sull'emersione. La letteratura e la fabbrica dell'ordine giuridico moderno – 2.4 Verso il diritto differenziato – **3.** Comunicazione, memoria, narrazione o del come vincere la scommessa della differenza

1. Perché una 'genealogia' e non una 'storia' della relazione moderna tra il diritto e la violenza

1.1 Premessa

Nel primo capitolo ho cercato di ricostruire i passaggi di quel discorso moderno che ha come oggetto la stretta relazione (anch'essa moderna) tra il diritto e la violenza, realizzando una ricerca storica sull'origine del diritto moderno, genealogicamente orientata. In quella sede, però, ho volontariamente omesso di chiarire, per ragioni di organicità e sistematicità del lavoro, la provenienza e la struttura di questa proposta metodologica che ha la pretesa di rompere con le analisi storiche tradizionali e presentare il paradosso che fonda la relazione moderna tra il diritto e la violenza, non come un dato fisso e immutabile di cui la storia dell'origine del diritto moderno possa appropriarsi, ma come un'*unità immaginaria*, prodotta dalla storia stessa e destinata a rendere possibile e a far funzionare il pensiero e la pratica della differenza tra il diritto e la violenza.

Pertanto, le pagine che seguono tenderanno, da un lato, a dar conto del contesto in cui nasce la ricerca genealogica e degli aspetti che la differenziano dalle analisi storiche tradizionali; dall'altro, a dimostrare come, attraverso questa peculiare metodologia d'indagine, sia possibile smettere di pensare il paradosso moderno che unisce i due poli della distinzione diritto/violenza come un ostacolo al loro processo di differenziazione e apprendere a trattarlo, invece, come principio creativo della differenza.

1.2 La genealogia: un metodo storico “severo”

La prospettiva genealogica è, per dirlo con le parole di Garcia del Pozo, ciò che Nietzsche ha permesso e Foucault insegnato.⁵⁰⁷ Introdotta nella storia delle idee dal filosofo tedesco, nel 1887, con la pubblicazione del saggio *Zur Genealogie der*

⁵⁰⁷Rosario Garcia del Pozo, *Michel Foucault: Un Arqueólogo del Humanismo (Estructuralismo, Genealogía y Apuesta estética)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Filosofía y Letras, n. 107, Sevilla, 1988, p. 179.

Moral. Eine Streitschrift,⁵⁰⁸ e finalizzata ad indagare “l'origine dei nostri pregiudizi morali”,⁵⁰⁹ la genealogia acquista risonanza nel dibattito scientifico solo un secolo più tardi, quando Foucault, in una conferenza del 1970, intitolata *L'Ordre du discours*,⁵¹⁰ la riprende espressamente, inserendola nelle due dimensioni (sapere e potere) in cui gravita la sua ricerca filosofica ed elevandola al rango di metodologia storica destinata, da un lato, a indagare l'emergenza del sapere; dall'altro, a ricercare i meccanismi disciplinari che presiedono al controllo, selezione, organizzazione e distribuzione del sapere inteso come pratica discorsiva.⁵¹¹

Tuttavia, sebbene le prime tracce del metodo genealogico siano visibili in *L'Ordre du discours*, è solo in un saggio del 1971, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*,⁵¹² che Foucault riflette con sistematicità sulle potenzialità di questo metodo, offrendone una prima ampia definizione:

La généalogie est grise; elle est méticuleuse et patiemment documentaire. Elle travaille sur des parchemins embrouillés, grattés plusieurs fois réécrits. Paul Ree a tort, comme les Anglais, de décrire des genèses linéaires (...): comme si les mots avaient gardé leur sens, les désirs leur direction, les idées leur logique; comme si ce monde des choses dites et voulues n'avait pas connu invasions, luttes, rapines, déguisements, ruses. De là, pour la généalogie, une indispensable retenue: repérer la singularité des événements, hors de toute finalité monotone; les guetter là où on les attend le moins et dans ce qui passe pour n'avoir point d'histoire – les sentiments, l'amour, la conscience, les instincts; saisir leur retour, non point pour tracer la courbe lente d'une évolution, mais pour retrouver les différentes scènes où ils, ont

⁵⁰⁸ Friedrich Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, Verlag von C. G. Naumann, Leipzig, 1887; tr. it. di Umberto Colla, prefazione di Pier Aldo Rovatti, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Einaudi, Torino, 2012.

⁵⁰⁹ Ivi, p. 4.

⁵¹⁰ *L'ordine del discorso* è il testo della lezione inaugurale tenuta da Foucault al Collège de France, il 2 dicembre del 1970. Cfr. Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, Paris, 1971; tr. it. di Alessandro Fontana, Mauro Bertani e Valeria Zini, *L'ordine del discorso e altri interventi*, Einaudi, Torino, 2004 [1972].

⁵¹¹ L'interpretazione che Foucault dà del testo di Nietzsche è, come ha scritto Domenicali, un'interpretazione nel senso forte del termine, un tentativo cioè di piegare a una volontà nuova il pensiero del filosofo tedesco. Mentre, infatti, Nietzsche usa la genealogia come un metodo di analisi specifico, limitato a sondare la provenienza del giudizio morale, senza pretese epistemologiche universali, Foucault, ampliandone il raggio di applicazione, la utilizza come metodologia storica universale, funzionale a verificare, non solo la provenienza del sapere morale, ma anche delle altre disperse forme di sapere, come la medicina, il diritto, l'educazione, ecc. Cfr. Filippo Domenicali, *La traccia quasi cancellata. Il metodo genealogico in Foucault*, in *I Castelli di Yale*, vol. VIII, n. 8, Ferrara, 2006, pp. 108, 109, consultabile al seguente indirizzo <http://eprints.unife.it/515/>.

⁵¹² Michel Foucault, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, in *Hommage à Jean Hyppolite* (ed. S. Bachelard, et al), Presses Universitaires de France, Paris, 1971.

joué des rôles différents; définir même le point de leur lacune, le moment où ils n'ont pas eu lieu (...). La généalogie exige donc la minutie du savoir, un grand nombre de matériaux entassés, de la patience. Ses «monuments cyclopéens» [Le Gai Savoir, § 7] elle ne doit pas les bâtir à coup de «grandes etreurs bienfaisantes», mais de «petites vérités sans apparence, établies par une méthode sévère [Humain, trop humain, § 3]. (...) La généalogie ne prétend pas remonter le temps pour rétablir une grande continuité par-delà la dispersion de l'oubli; sa tâche n'est pas de montrer que le passé est encore là, bien vivant dans le présent, l'animant encore en secret, après avoir imposé à toutes les traverses du parcours une forme dessinée dès le départ. Rien qui ressemblerait à l'évolution d'une espèce, au destin d'un peuple. Suivre la filière complexe de la provenance, c'est au contraire maintenir ce qui s'est passé dans la dispersion qui lui est propre: c'est repérer les accidents, les infimes déviations – ou au contraire les retournements complets – les erreurs, les fautes d'appréciation, les mauvais calculs qui ont donné naissance à ce qui existe et vaut pour nous; c'est découvrir qu'à la racine de ce que nous connaissons et de ce que nous sommes – il n'y a point la vérité et l'être, mais l'extériorité de l'accident [Généalogie III, 17, Abkunft du sentiment dépressif].⁵¹³

La genealogia è “grise; elle est méticuleuse et patiemment documentaire” [grigia; meticolosa e pazientemente documentaria],⁵¹⁴ scrive Foucault, facendo eco a Nietzsche, che, nella sua *Genealogia della morale*, ricorre a quest'immagine per contrapporre il grigiore dei documenti, su cui lavora il genealogista, all'azzurro-cielo delle ipotesi psicologistiche, con cui gli inglesi, ed in particolar

⁵¹³ Ivi, pp. 145 e 152: “La genealogia è grigia; meticolosa e pazientemente documentaria. Lavora su pergamene ingarbugliate, raschiate, più volte riscritte. Paul Rée sbaglia, come gli inglesi, a descrivere delle genesi lineari (...): come se le parole avessero conservato il loro senso, i desideri la loro direzione, le idee la loro logica; come se questo mondo di cose dette e volute non avesse conosciuto invasioni, lotte, rapine, simulazioni, astuzie. Di qui, per la genealogia, una cautela necessaria: reperire la singolarità degli avvenimenti al di fuori di ogni finalità monotona; spiarli dove meno li si aspetta e in ciò che passa per non aver storia – i sentimenti, l'amore, la coscienza, gli istinti; cogliere il loro ritorno, non per tracciare la curva lenta d'una evoluzione, ma per ritrovare le diverse scene dove hanno giocato ruoli diversi; definire anche l'istante della loro assenza, il momento in cui non hanno avuto luogo (...). La genealogia esige dunque la minuzia del sapere, un gran numero di materiali accumulati e pazienza. Le sue «costruzioni ciclopiche» [La Gaia scienza, §7] non deve costruirle a colpi di «errori letificanti», ma di «verità piccole e non appariscenti, stabilite con metodo severo» [Umano, troppo umano, § 3]. (...) La genealogia non pretende di risalire il tempo per ristabilire una grande continuità al di là della dispersione dell'oblio; il suo compito non è di mostrare che il passato è ancor lì, ben vivo nel presente, animandolo ancora in segreto, dopo aver imposto a tutte le traversie del percorso una forma disegnata sin dall'inizio. Nulla che somiglierebbe all'evoluzione d'una specie, al destino d'un popolo. Seguire la complessa trafila della provenienza, è al contrario mantenere ciò che è accaduto nella dispersione che gli è propria: è ritrovare gli accidenti, le minime deviazioni – o al contrario i rovesciamenti completi – gli errori, gli apprezzamenti sbagliati, i cattivi calcoli che hanno generato ciò che esiste ed è valido per noi; è scoprire che alla radice di quel che conosciamo e siamo – non ci sono la verità e l'essere, ma l'esteriorità dell'accidente [Genealogia, III, 17, Abkunft del sentimento depressivo].”.

⁵¹⁴ Ivi, p. 145.

modo Paul Rée – contro il quale si dirige apertamente la polemica nietzschiana –, pretendono ricostruire la storia dei sentimenti morali; una storia, dice il filosofo tedesco, che non sarà mai “effettiva”,⁵¹⁵ perché, radicando le sue indagini in un universo inconoscibile come la mente umana, e rinnegando l'unica fonte concreta della conoscenza, “la scrittura geroglifica del passato”,⁵¹⁶ si appresta a produrre un sapere meramente speculativo, lontano cioè dalla concretezza e dalla verificabilità del sapere documentario.⁵¹⁷

Dunque, la genealogia è innanzitutto documentaria: lavora su atti, carte, scritture, e ricerca la verità a partire da questo materiale disperso e multiforme; non aspira a costruire sistemi di pensiero universali e lineari, fondati su pratiche extra-documentali, ma a comparare documenti – le tracce presenti del passato – e a riprodurre la loro complessità, mettendo a nudo le raschiature e le riscritture che essi hanno subito nel corso del tempo; non ripropone le grandi verità del passato, a cui, invece, guarda con sospetto, per la dimensione metafisica ed extra-documentale in cui si inscrivono, ma racconta piccole verità, ottenute con metodo severo.

E ancora: la genealogia non lavora solo su documenti ufficiali, perché anche l'ufficialità del sapere documentale fa parte di una storia che deve essere raccontata, scritta, a partire dai documenti esclusi – le pratiche non ufficiali – le quali, proprio perché prive delle qualità a cui l'ufficialità aspira, rappresentano un valido strumento di discriminazione tra ciò che essa è o dovrebbe essere e ciò che non è o non dovrebbe essere. Per il genealogista, in sostanza, la storia, se vuole essere effettiva, deve includere nella ricerca di sé stessa anche ciò che, in determinate epoche e per le più disparate ragioni, ha ritenuto opportuno escludere, non fosse altro che per dar conto delle ragioni di tale esclusione.⁵¹⁸ Di qui,

⁵¹⁵ Friedrich Nietzsche, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*, op. cit., p. 10.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ *Ibidem*: “È chiaro quale colore deve essere cento volte più importante dell'azzurro per un genealogista della morale: il grigio, voglio dire il documentato, ciò che effettivamente può essere stabilito, che effettivamente è stato, insomma tutta la lunga e difficilmente decifrabile scrittura geroglifica del passato morale dell'uomo! Tutto *questo* era ignoto al dottor Rée (...)”.

⁵¹⁸ Secondo Nietzsche, la storia tradizionale, nel raccontarsi, tende ad escludere realtà che, in quanto tali, cioè in quanto esistenti, andrebbero tematizzate. Non esiste, per esempio, come nota il filosofo tedesco, una storia dell'amore, della cupidigia o della crudeltà, così come non esiste una storia dell'ufficialità del sapere documentale. E quest'assenza, inevitabilmente, rende sospetta la storia stessa; mette in discussione la sua capacità di dar voce al passato; la espone al rischio di un'autodistruzione. Per questo, il genealogista, si impegna a ricercare i tasselli mancanti del mosaico; per ergere quelle “costruzioni ciclopiche” che sole possono dar conto della complessità e della frammentarietà del reale. Cfr. Friedrich Nietzsche, *La Gaia scienza*, Adelphi, Milano, 1977,

l'utilizzo, da parte del genealogista di un sapere documentale polimorfo e discontinuo: mercuriali; registri parrocchiali; testamenti; banche dati; confessioni; testimonianze orali registrate; autobiografie; carteggi; rapporti confidenziali di capi militari; atti segreti di cancelleria, archivi di Stato, etc..

In terzo luogo, la genealogia non ricerca la *Ursprung* (origine) dei singoli eventi, cioè la loro essenza statica e sempre identica a sé stessa, esterna allo “spazio abitato” e al “tempo raccontato”,⁵¹⁹ ma la loro *Entstehung* (emergenza) e *Herkunft* (provenienza), ovvero i due momenti complementari dell'origine intesa come inizio storico, sempre presente a sé stesso. Più precisamente, la *Entstehung* e la *Herkunft* indicano rispettivamente il prodursi di un evento – il suo ingresso nella scena storica o, per dirlo con le stesse parole di Foucault, la sua prima apparizione nel “*jeu hasardeux des dominations*” [gioco casuale delle dominazioni] –,⁵²⁰ e la storia frammentata dell'evento stesso, del suo darsi e negarsi nel tempo, il cammino incidentato del suo divenire, solcato dall'avvicinarsi di tempi, a tratti, fertili e creativi, ad altri, morti, bui, di assenze sospette.

Così leggiamo in *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, a proposito dei concetti di “provenienza” ed “emergenza”:

pp. 59, 60: “Fino ad oggi tutto quanto ha dato colore all'esistenza non ha ancora avuto una storia: o dove mai si è avuta una storia dell'amore, della cupidigia, dell'invidia, della coscienza, della devozione, della crudeltà? Perfino una storia comparata del diritto o anche soltanto della pena è fino ad oggi completamente mancata [N.d.A.: non è un caso che sarà proprio Foucault a provvedere a tutte queste assenze, scrivendo una storia della follia, della sessualità, del sapere e persino della prigione].”. In questo senso, si è parlato della genealogia come di una filosofia della storia, destinata ad interrogare la storia stessa, nella convinzione che sia sempre quest'ultima a dover rispondere tanto delle sue acquisizioni come delle sue perdite. Cfr. José Carlos Bermejo Barrera, Pedro Andrés Piedras Monroy, *Genealogía de la Historia. Ensayos de historia teórica III*, Akal Ediciones, Madrid, 1999, pp. 5, 6.

⁵¹⁹ Le espressioni “spazio abitato” e “tempo raccontato” sono di Ricoeur, che le utilizza per indicare le scritture o, in un senso più generico, le iscrizioni della storia rispettivamente nella “durezza del materiale” e nella “durata”. La geografia, l'urbanistica, l'architettura – ovvero le discipline dedicate alla costruzione degli spazi da abitare – sono difatti, secondo il filosofo francese (che in quest'aspetto coincide con Foucault), le prime scritture, le prime incisioni dell'uomo sulla materia, così come le storie raccontate rappresentano le prime usure del tempo. In questo senso, la storia, nella sua definizione più ampia, “è scrittura da cima a fondo” e, pertanto, gli spazi e i tempi che la popolano non sono mai esterni al suo divenire, ma incisioni che la stessa fa su di sé, sul proprio corpo, per rendersi presente a sé stessa, ovvero per riconoscersi anche quando gli spazi e i tempi cambiano per mezzo degli attori che li abitano o li raccontano. Cfr. Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Éditions du Seuil, Paris, 2000; tr. it di Daniela Iannotta, *La memoria, la storia, l'oblio*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2003, pp. 191-257.

⁵²⁰ Michel Foucault, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, op. cit., p. 155.

Des termes comme *Entstehung* ou *Herkunft* marquent mieux que *Ursprung* l'objet propre de la généalogie. On les traduit d'ordinaire par «origine», mais il faut essayer de restituer leur utilisation propre.

Herkunft: c'est la souche, la provenance; c'est la vieille appartenance à un groupe – celui du sang, celui de la tradition, celui qui se noue entre ceux de même hauteur ou de même bassesse. Souvent l'analyse de la *Herkunft* met en jeu la race [Par exemple, *Le Gai Savoir*, § 135; *Par-delà le Bien et le Mal*, § 200, 242, 244; *Généalogie I*, § 5] ou le type social [*Le Gai Savoir*, § 348-349; *Par-delà le Bien et le Mal*, § 260].

Cependant il ne s'agit pas tellement de retrouver chez un individu, un sentiment ou une idée, les caractères génériques qui permettent de l'assimiler à d'autres, – et de dire: ceci est grec, ou ceci est anglais; mais de repérer toutes les marques subtiles, singulières sousindividuelles qui peuvent s'entrecroiser en lui et former un réseau difficile à démêler. Loin d'être une catégorie de la ressemblance, une telle origine permet de débrouiller, pour les mettre à part, toutes les marques différentes (...).

Là où l'âme prétend s'unifier, là où le Moi s'invente une identité ou une cohérence, le généalogiste part à la recherche du commencement, – des commencements innombrables qui laissent ce soupçon de couleur, cette marque presque effacée qui ne sauraient tromper un œil un peu historique, l'analyse de la provenance permet de dissocier le Moi et de faire pulluler, aux lieux et places de sa synthèse vide, mille événements maintenant perdus. La provenance permet aussi de retrouver sous l'aspect unique d'un caractère, ou d'un concept, la prolifération des événements à travers lesquels (grâce auxquels, contre lesquels) ils se sont formés.

(...) *Entstehung* désigne plutôt l'émergence, le point de surgissement. C'est le principe et la loi singulière d'une apparition. De même qu'on incline trop souvent à chercher la provenance dans une continuité sans interruption, on aurait tort de rendre compte de l'émergence par le terme final. Comme si l'œil était apparu, depuis le fond des temps, pour la contemplation, comme si le châtiment avait toujours été destiné à faire exemple. Ces fins, apparemment dernières, ne sont rien de plus que l'actuel épisode d'une série d'asservissements: l'œil fut d'abord asservi à la guerre; le châtiment fut tour à tour soumis au besoin de se venger, d'exclure l'agresseur, de se libérer à l'égard de la victime, d'effrayer les autres. Plaçant le présent à l'origine, métaphysique fait croire au travail obscur d'une destination qui chercherait à se faire jour dès le premier moment. La généalogie, elle, rétablit les divers systèmes d'asservissement: non point la puissance anticipatrice d'un sens, mais le jeu hasardeux des dominations.⁵²¹

⁵²¹ Ivi, pp. 151, 152, 154, 155: “Termini come *Entstehung* o *Herkunft* contrassegnano meglio di *Ursprung* l'oggetto proprio della genealogia. Li si traduce di solito con «origine», ma bisogna cercare di restituire il loro uso specifico.

Herkunft: è la stirpe, la provenienza, è la vecchia appartenenza ad un gruppo – quello del sangue, quello della tradizione, quello che si crea fra coloro che hanno la stessa altezza o la stessa

È evidente che, secondo Foucault, il termine *Herkunft*, utilizzato varie volte da Nietzsche nei suoi testi, per essere compreso così come il filosofo tedesco lo intende e utilizza, ha bisogno di una doppia specificazione. La prima riguarda il concetto di origine a cui la parola rinvia: con l'espressione *Herkunft*, dice Foucault, non deve intendersi il principio fisso e immutabile delle cose, la loro essenza metafisica ed eterna – per la quale esiste una parola più precisa, *Ursprung*, a cui Nietzsche ricorre tutte le volte che vuole criticare un siffatto modo di intendere l'inizio –, ma la loro derivazione o provenienza. La seconda specificazione, invece, riguarda il concetto stesso di provenienza che, a giudizio di Foucault, sarebbe il significato specifico da attribuire alla parola *Herkunft*: la provenienza non indica qui, in modo generico, “*un acquis, un avoir s'accumule et se solidifie*” [un'acquisizione, un avere che si accumula e si solidifica],⁵²² ma “*un ensemble de failles, de fissures, de couches hétérogènes*” [un insieme di faglie, di crepe, di strati eterogenei]⁵²³ che rendono instabile l'eredità del passato.

In questo senso, occuparsi della provenienza di un dato evento non equivale a ricercarne il fondamento, al contrario: corrisponde a quel lento ed attento lavoro

bassezza. Spesso l'analisi della *Herkunft* mette in gioco la razza [Per esempio, La Gaia scienza, § 135; Al di là del bene e del male, § 200, 242, 244; Genealogia I, § 5] o il tipo sociale [La Gaia scienza, § 348-349; Al di là del bene e del male, § 260]. Tuttavia non si tratta tanto di ritrovare in un individuo, un sentimento o un'idea, i caratteri generici che permettono di assimilarlo ad altri, – e di dire: questo è greco, o questo è inglese; ma di rintracciare tutti i segni sottili, singolari, sottoindividuali che possono incrociarsi in lui e formare una rete difficile da sbrogliare. Lungi dall'essere una categoria della somiglianza, una tale origine permette di districare, per metterli da parte, tutti i segni diversi (...).

Là dove l'anima ha la pretesa d'unificarsi, là dove l'io s'inventa un'identità o una coerenza, il genealogista parte alla ricerca dell'inizio, – degli innumerevoli inizi che lasciano quel sospetto di colore, quella traccia quasi cancellata che non potrebbe ingannare un occhio un po' storico; l'analisi della provenienza permette di dissociare l'io e di far pullulare, nei tempi e nei luoghi della sua sintesi vuota, mille avvenimenti ora perduti.

La provenienza permette anche di ritrovare sotto l'aspetto unico d'un carattere, o d'un concetto, la proliferazione degli avvenimenti attraverso i quali (grazie ai quali, contro i quali) si sono formati.

(...) *Entstehung* designa piuttosto l'emergenza, il momento della nascita. È il principio e la legge singolare di un'apparizione. Come si è troppo spesso inclini a cercare la provenienza in una continuità senza interruzione, così si avrebbe torto a render conto dell'emergenza attraverso il termine finale. Come se l'occhio fosse apparso, dagli abissi del tempo, per la contemplazione, come se la punizione fosse sempre stata destinata a fare esempio.

Questi fini, apparentemente ultimi, non sono nulla di più che l'episodio attuale d'una serie di asservimenti: l'occhio fu dapprima asservito alla guerra; la punizione fu volta per volta sottomessa al bisogno di vendicarsi, di escludere l'aggressore, di liberarsi nei confronti della vittima, di spaventare gli altri. Ponendo il presente all'origine, la metafisica fa credere al lavoro oscuro d'una destinazione che cercherebbe di farsi strada sin dal primo momento. La genealogia, al contrario, ristabilisce i diversi sistemi d'asservimento: non la potenza anticipatrice d'un senso, ma il gioco casuale delle dominazioni.”.

⁵²² *Ivi*, p. 152.

⁵²³ *Ibidem*.

di scavo stratigrafico che permette di rimuovere dall'evento le croste di pensiero che, di volta in volta, lo hanno cristallizzato in una data forma, e di far emergere la multiformità e la discontinuità del suo divenire storico. Di qui, una prima critica alla storia tradizionale come sapere non problematico, lineare e finalistico, capace di dar conto dell'unità degli oggetti che circoscrivono il suo campo di analisi e, persino, di riesumare il fine a cui questi, sin dalla loro nascita, sembrerebbero predestinati: la genealogia, in quanto ricerca della provenienza d'un carattere, d'un concetto o, in un senso più generico, di un evento, non produce l'unità del suo oggetto “*considerándolo enlazado a otros sucesos en una misma continuidad y finalidad ideal*” [considerandolo collegato ad altri eventi in una stessa continuità e finalità ideale],⁵²⁴ ma la sua decomposizione in frammenti spazio-temporali che danno conto della molteplicità di ruoli e funzioni che lo stesso ha ricoperto in una data epoca e in un determinato contesto. Per questo, mentre lo storico tradizionale guida la storia con l'ausilio di un disegno meta-fisico che imprigiona il passato in una dimensione atemporale e sovraumana, il genealogista si lascia guidare dalla storia, dalle sue fratture e rivoluzioni per rendere il sapere passato e del passato sempre aperto e disponibile a sé stesso, ad ogni suo presente.

Tuttavia, affinché la ricerca genealogica possa dirsi completa, l'indagine della *Herkunft* come rete di segni o forme del pensiero che catturano l'oggetto nel suo divenire storico non è sufficiente. Non basta, infatti, individuare, attraverso il materiale documentale, le pratiche discorsive che insistono su un evento, conferendogli questa o quella identità e asservendolo ad una o altra finalità, ma occorre anche determinare il momento della *Entstehung*, l'irruzione dell'evento nella scena storica. E per far ciò, bisogna chiarire, come si è fatto con la parola *Herkunft*, a quale doppia specificazione debba essere assoggettata, secondo Foucault, l'espressione *Entstehung*, la quale non fa riferimento all'origine nel senso di “*«ce qui était déjà», le «cela même»*” [«quel che era già», lo «stesso»],⁵²⁵ l'immagine esattamente adeguata a sé, ma alla formazione. E ancora, seconda specificazione, non alla formazione come nascita da una fonte, come derivazione da qualcosa che è sempre più indietro, nello spazio e nel tempo, rintracciabile solo con l'ausilio di strumenti metafisici, ma come invenzione, come

⁵²⁴ Rosario Garcia del Pozo, *Michel Foucault: Un Arqueólogo del Humanismo (Estructuralismo, Genealogía y Apuesta estética)*, op. cit., p. 148.

⁵²⁵ Michel Foucault, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, op. cit., p. 148.

processo creativo che apre uno spazio di confronto/scontro tra forze distinte e avversarie dalla cui rottura nasceranno quelle che poi, attraverso l'analisi della provenienza, saranno riconoscibili come le distinte forme generate dall'evento creativo.

Così si esprime Foucault, nell'intento di chiarire il concetto di *Entstehung*:

L'émergence, c'est donc l'entrée en scène des forces; c'est leur irruption, le bond par lequel elles sautent de la coulisse sur le théâtre, chacune avec la vigueur, la jeunesse qui est la sienne. Ce que Nietzsche appelle l'Entstehungsherd [Genealogia I, 2] du concept de bon, ce n'est exactement ni l'énergie des forts, ni la réaction des faibles; mais bien cette scène où ils se distribuent les uns en face des autres, les uns au-dessus des autres; c'est l'espace qui les répartit et se creuse entre eux, le vide à travers lequel ils échangent leurs menaces et leurs mots. Alors que la provenance désigne la qualité d'un instinct, son degré ou sa défaillance, et la marque qu'il laisse dans un corps, l'émergence désigne un lieu d'affrontement; encore faut-il se garder de l'imaginer comme un champ clos où se déroulerait une lutte, un plan où les adversaires seraient à égalité; c'est plutôt – l'exemple des bons et des mauvais le prouve – un «non lieu», une pure distance, le fait que les adversaires n'appartiennent pas au même espace. Nul n'est donc responsable d'une émergence, nul ne peut s'en faire gloire; elle se produit toujours dans l'interstice. En un sens, la pièce jouée sur ce théâtre sans lieu est toujours la même: c'est celle que répètent indéfiniment les dominateurs et les dominés.⁵²⁶

Come ha precisato Garcia del Pozo, questo “*théâtre sans lieu*” [teatro senza luogo],⁵²⁷ che specifica il campo semantico dell'emergenza, è l'inizio meschino, villano, adulterino delle cose; la linea di confine mobile che separa lo spazio dei dominanti da quello dei dominati; il vuoto che si riempie quando la legione dei

⁵²⁶ Ivi, p. 156: “L'emergenza è, dunque, l'entrata in scena delle forze; è la loro irruzione, il balzo con il quale dalle quinte saltano sul teatro, ciascuna col vigore, la giovinezza che le è propria. Ciò che Nietzsche chiama *Entstehungsherd* del concetto di bene, non è esattamente né l'energia dei forti, né la reazione dei deboli; ma appunto questa scena dove si distribuiscono gli uni di fronte agli altri, gli uni al di sopra degli altri; è lo spazio che li ripartisce e si scava fra di loro, il vuoto attraverso il quale si scambiano minacce e parole. Mentre la provenienza designa la qualità d'un istinto, il suo grado o il suo cedimento, e il segno che lascia in un corpo, l'emergenza designa un luogo di scontro; pure bisogna guardarsi dall'immaginarlo come un campo chiuso, dove si svolgerebbe una lotta, un piano dove gli avversari sarebbero uguali; è piuttosto – e l'esempio dei buoni e dei cattivi lo prova – un «non luogo», una pura distanza, il fatto che gli avversari non appartengono ad uno stesso spazio. Nessuno è dunque responsabile d'un'emergenza, nessuno può farsene gloria; essa si produce sempre nell'interstizio. In un certo senso, l'opera recitata su questo teatro senza luogo è sempre la stessa: è quella che ripetono indefinitamente i dominatori e i dominati.”.

⁵²⁷ *Ibidem*.

dominatori avanza “*avec la vigueur, la juvénilité qui est la sienne*” [col vigore, la giovinezza che le è propria]⁵²⁸ o indietreggia, sopraffatta dal peso della resistenza.⁵²⁹ In questo senso, l'emergenza ha poco a che vedere con l'identità, perché, lungi dall'incarnarla, riflette piuttosto il terreno ibrido su cui si svolge la lotta per la sua conquista. Essa, pertanto, in quanto fibrillazione creativa, collegata tanto alla premessa di una nuova identità quanto alla conservazione di un'altra che resiste all'affermazione della prima, è “*la loi singulière d'une apparition*” [la legge singolare di un'apparizione],⁵³⁰ l'immagine incorporea che si dà una volta sola, in una frazione infinitamente piccola del tempo ed in tutta la sua complessità, e poi scompare, si nega alla vista.

Si potrebbe dire che la *Entstehung* rappresenti il momento più alto della genealogia foucaultiana, quello in cui l'evento, non ancora frantumato in identità separate e riconoscibili, può essere contemplato nella sua complessità originaria. Però si tratta anche di un momento difficile da ricostruire storicamente, dato che il sapere documentale, utile ai fini della sua conoscenza, procede da un campo disciplinare, quello letterario, problematico per via del suo rapporto con il criterio di verità. Difatti, la letteratura, come scrive Foucault in *La vita degli uomini infami*, a partire dal Seicento in poi, quando cioè inizia ad essere letteratura nel senso moderno della parola, non è più ciò che racconta l'improbabile, ma ciò che fa “apparire quel che non appare – quel che non può o non deve apparire: dire i gradi più bassi e inconsistenti del reale.”⁵³¹ In questo modo, dedicandosi a “dire ciò che è più indicibile – peggiore, più segreto, più intollerabile, spudorato”,⁵³² la letteratura mette sotto processo tutte quelle verità storiche che, sorte dopo una lotta tra identità distinte e avversarie, sempre si ergono su un terreno bidimensionale, dove, da un lato, troviamo una dimensione superficiale, su cui riposa l'identità dominante e, dall'altro, una dimensione sotterranea, dentro la quale si celano le identità dominate e le loro memorie. Compito della letteratura è quello di riesumare l'identità nascosta e assicurargli una memoria, anche se questo significa rompere con il criterio di verità, mantenendo la verità stessa e la sua

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ Cfr. Rosario Garcia del Pozo, *Michel Foucault: Un Arqueólogo del Humanismo (Estructuralismo, Genealogía y Apuesta estética)*, op. cit., pp. 146-148.

⁵³⁰ *Ivi*, p. 154.

⁵³¹ Così Michel Foucault, *La vie des hommes infâmes*, in *Dits et écrits*, Gallimard, Paris, 1994, vol. III, pp. 237-255; tr. it. di Graziella Zattoni Nesi, *La vita degli uomini infami*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 64.

⁵³² *Ivi*, p. 68.

forza avversaria, la menzogna, nel loro *non luogo*, sul campo dello scontro, in un tempo che sta sempre prima della fine della battaglia – nel mezzo della stessa.

Tuttavia, come precisa Foucault, rompendo con il criterio di verità, la letteratura non rinuncia a dire la verità, a raccontarla; al contrario, smettendo di trattarla come il Principio, la Legge universale e indiscutibile del sapere, si impegna a studiarla, ad analizzarla come un'identità storica tra le tante, soggetta al rovesciamento, alla conquista dello spazio da essa occupato.⁵³³ Così facendo, continua Foucault, la letteratura tende “a porsi fuori legge o, quanto meno, a farsi carico dello scandalo, della trasgressione, della rivolta”.⁵³⁴ Essa, cioè, rinuncia a limitare il suo campo visuale all'ordine delle cose, qualunque sia il principio o la legge che lo rende possibile – la verità, la morale, la normalità, la razionalità, la giustizia, ecc. –; si pone all'esterno di quest'ordine e inizia a ricercare i resti, i rifiuti, i materiali di scarto che esso produce, non per distruggerlo, ma per evidenziare l'equilibrio precario su cui riposa, il rischio che sempre corre di essere destituito e rimpiazzato da ciò che credeva di aver annullato e che, invece, è lì, sempre presente, sempre pronto a riciclarsi e a minacciarlo.

La *Entstehung*, dunque, o emergenza come *Erfindung* (invenzione) – la cui conoscenza è resa possibile dallo studio del discorso letterario – può essere intesa anche come una sorta di storia esteriore della verità, dove quelli che Garcia del Pozo chiama “los regímenes de la verdad” [i regimi della verità]⁵³⁵ vengono sottomessi ad un'analisi critica, severa e perturbante, che duplica l'immagine della verità, costringendo quest'ultima ad osservarsi in uno specchio e a riconoscersi, nello stesso istante, come sé e come altro da sé.

Appare così evidente in che senso la genealogia sia per Foucault un metodo di analisi della storia *severo*: rinunciando a trattare l'evento come un dato immutabile ed estraneo a cangianti logiche di potere, e inserendolo in una dinamica di scontro tra forze distinte e avversarie, esso iscrive la sua severità nella ricerca costante e senza fine dell'altro, dell'escluso, di ciò che, nell'affermarsi di un'identità e nel rifiuto di un'altra, si dà come materiale di scarto.

1.3 La genealogia applicata al tema dell'origine del diritto moderno

⁵³³ *Ivi*, p. 66.

⁵³⁴ *Ivi*, p. 67.

⁵³⁵ Così Rosario Garcia del Pozo, *Michel Foucault: Un Arqueólogo del Humanismo (Estructuralismo, Genealogía y Apuesta estética)*, op. cit., p. 152.

La genealogia, così come interpretata e pratica da Foucault, se applicata al tema dell'origine del diritto moderno permette, innanzitutto, di partire da uno sdoppiamento dello stesso, frantumando la presunta unità da cui, ancora oggi, una parte consistente della teoria, storia e filosofia del diritto, lo osserva; di distinguere il momento dell'emersione – quello in cui il diritto moderno, sorpreso sul campo di battaglia, non si differenzia ancora dalla violenza (il suo doppio o l'escluso che, nel tempo dello scontro, è sempre incluso) – dalla provenienza, ovvero dall'insieme delle vicissitudini e delleventure che il diritto e il suo doppio (la violenza) vivono, dopo la loro emersione, nelle pratiche discorsive che li assumono come oggetti; di affidare la ricostruzione dell'*Entstehung* del diritto moderno alla letteratura sul tema che, in quanto sapere documentale dotato di un linguaggio metaforico-allusivo originario (destinato ad esprimersi solo attraverso immagini o immagini di immagini) non riduce mai la battaglia plurale per la conquista dell'identità allo spazio dell'identità già conquistata e depurata dai suoi materiali di scarto; e, da ultimo, di restituire al genealogista la consapevolezza della propria osservazione, la certezza che non esistono storie senza osservatori né osservatori in sé.⁵³⁶

Questi nuovi orizzonti, verso cui la genealogia foucaultiana proietta l'evento dell'origine del diritto moderno, meritano dei chiarimenti. Con riferimento al primo aspetto, quello dello sdoppiamento dell'origine, è bene precisare che la sua condizione di possibilità risiede nel cambio semantico a cui Foucault costringe la parola *Ursprung*: *Ursprung* è, prima di ogni altra cosa, *Entstehung*, ovvero il momento di un confronto tra forze che lottano per la conquista di un'identità e che

⁵³⁶ Cfr. Michel Foucault, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, op. cit., p. 159: “*Cette histoire des historiens se donne un point d'appui hors du temps; elle prétend tout juger selon une objectivité d'apocalypse; mais c'est qu'elle a supposé une vérité éternelle, une âme qui ne meurt pas, une conscience toujours identique à soi. Si le sens historique se laisse gagner par le point de vue supra-historique, alors la métaphysique peut le reprendre à son compte et, en le fixant sous les espèces d'une science objective, lui imposer son propre «égyptianisme». En revanche le sens historique échappera à la métaphysique pour devenir l'instrument privilégié de la généalogie s'il ne se repère sur aucun absolu. Il ne doit être que cette acuité d'un regard qui distingue, répartit, disperse, laisse jouer les écarts et les marges (...).*” [Questa storia degli storici si dà un punto d'appoggio fuori dal tempo; pretende di giudicare tutto secondo un'obiettività da apocalisse; ma ha presupposto una verità eterna, un'anima che non muore, una coscienza sempre identica a se stessa. Se il senso storico si lascia conquistare dal punto di vista sovra-storico, allora la metafisica può riprenderlo al proprio servizio e, dandogli le vesti di una scienza oggettiva, imporgli il proprio «egittismo». Al contrario, il senso storico sfuggirà alla metafisica per diventare lo strumento privilegiato della genealogia se non si ripara dietro alcun assoluto. Non deve essere altro che l'acutezza d'uno sguardo che distingue, distribuisce, disperde, lascia giocare le differenze e i margini (...).].

nel momento dello scontro si presentano come multiformi e imprevedibili, nel senso che possono affermarsi e negarsi simultaneamente; agire in segreto o a viso scoperto, senza dover previamente render conto delle loro strategie; infiltrarsi nello spazio dell'altro per spiarlo, imitarlo o, semplicemente, convertirlo in un alleato.

Così intesa, l'origine del diritto moderno veicola al suo interno la dinamica di uno sdoppiamento della presenza e la possibilità strutturale della negazione. Essa cioè, da un lato, ospita il diritto e il suo doppio – la violenza indiscriminata –, e, dall'altro, contempla sempre, a livello strutturale, la possibilità della negazione del diritto per mano della violenza (che in questo caso, dice Derrida, si fa “avente diritto al diritto”)⁵³⁷ e viceversa. In questo senso, è improprio pensare il diritto e la violenza come entità separate nel momento della *Entstehung*, dato che quest'ultimo, in quanto luogo della lotta per la loro istituzione, è, nello stesso tempo, lo spazio di certe presenze e quello di radicali e insuperabili assenze, o, come scrive Petrosino, “il tessuto o il testo all'interno del quale ogni *logos* si istituisce senza poter mai garantire definitivamente la propria istituzione”.⁵³⁸

Se, dunque, la *Ursprung* è innanzitutto *Entstehung* – ovvero confine umano in costruzione, dove il diritto e la violenza possono sovrapporsi –, devono essere ripensate (ed è proprio questo che permette di fare la genealogia foucaultiana – mettere in discussione) tutte quelle moderne teorie del diritto che, situando l'origine del sistema giuridico in un punto fisso e metafisico, non contemplano il movimento terreno dell'emersione, quella manciata di attimi irripetibili in cui le promesse del diritto e le resistenze della violenza si confondono. In assenza di questo ripensamento, sembra suggerire Foucault, l'origine resta inaccessibile, vergine beata che partorisce il diritto per miracolo, senza sangue, senza dolore, senza traccia dell'umano. In assenza di questa rilettura, ancora, il gesto giuridico resta incomprensibile e la sua venuta una perenne e vana attesa.

Tuttavia, come annotavo in apertura di questo paragrafo, lo sdoppiamento dell'origine non è l'unica conquista resa possibile dall'applicazione del metodo genealogico all'evento della genesi del diritto moderno. C'è dell'altro. E quest'altro ha a che vedere con un ulteriore momento che si aggiunge a quello della

⁵³⁷ Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, op. cit., p. 101.

⁵³⁸ Silvano Petrosino, *Ancora su il PHARMAKON di Derrida*, in Jacques Derrida, *La farmacia di Platone*, tr. it. di Rodolfo Balzarotti, Jaca Book, Milano, 2015 [1985], p. 39.

Entstehung, complicando la struttura della *Ursprung*. Difatti, perché si possa parlare di origine, in senso foucaultiano, è necessario affiancare all'*Entstehung-Erfindung* (l'emersione come invenzione) le pratiche discorsive che segnano la traiettoria della *Herkunft*, le quali sono tanto proiezioni nel tempo della *Erfindung* stessa, quanto di lei negazioni o oblii: sue proiezioni, in quanto conferiscono una forma e una durata, più o meno stabili, alle forze che la caratterizzano (nel nostro caso, il diritto e la violenza); e sue negazioni o oblii perché, in quanto costruzioni di identità, o tendono a negare il “*non- lieu*” [non luogo]⁵³⁹ dell'origine o, pur riconoscendolo, lo mettono da parte e lo dimenticano per poter far spazio all'unità.

Questa distinzione tra emersione e provenienza è rilevante ai fini della nostra analisi perché permette di trattare in modo nuovo la questione del paradosso che fonda la relazione moderna tra il diritto e la violenza. Più precisamente, essa favorisce un cambio nel modo di concepire la realtà del paradosso, dato che, considerando la genesi come un momento duplice e complesso, caratterizzato dal prodursi non solo di una contraddizione irriducibile, ma anche di una rete di strategie discorsive che si stabilizzano e funzionano solo in ragione di tale antinomia primordiale, da un lato, permette di rompere con i miti dell'unità e della linearità della storia, e, dall'altro, di interpretare il paradosso come il principio creativo degli eventi storici. Pertanto, ad essa va riconosciuto il merito di introdurre nella storia giuridica una visione pluralista e non lineare che dà conto della molteplicità e della frammentarietà dei discorsi che si intrecciano intorno all'evento dell'origine del diritto moderno; della parzialità del sapere documentale che essi generano; e, da ultimo, del vincolo che questi intrattengono con il paradosso che li rende possibili.

In questo senso, costruire una genealogia del diritto moderno, distinguendo il momento dell'emersione da quello della provenienza e vincolando il secondo al primo, significa più cose: innanzitutto, che alla *Entstehung* va riconosciuta una posizione di rilievo dato che, in sua assenza, nessuna *Herkunft* avrebbe luogo; che la struttura paradossale della *Entstehung*, per prodursi, ha bisogno di un linguaggio distinto da quello ordinario, dato che quest'ultimo, in quanto ancorato al concetto di identità, è inadatto ad ospitare più realtà contestualmente; che i discorsi che si articolano intorno all'evento dell'origine del diritto moderno, a causa

⁵³⁹ Così Michel Foucault, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, op. cit., p. 156.

del loro carattere 'identitario', non possono ospitare al loro interno una memoria dell'origine come *Entstehung*; che questa impossibilità strutturale li costringe ad assumere posizioni più o meno discutibili nei confronti dell'emersione; ed infine, che non esiste una memoria dell'origine del diritto moderno conservata in un unico documento, ma solo tracce disperse della stessa che possono essere individuate e seguite a patto di aprire un dialogo tra i saperi documentali che le hanno prodotte.

2. Dalla memoria del paradosso alla memoria della differenza

2.1 Premessa

Abbiamo detto che intorno al tema dell'origine del diritto moderno si sono accumulati documenti, ovvero, frammenti di sapere, scritture e ri-scritture che, ad uno sguardo d'insieme, non formano, per via della loro discordanza, né un'opera né un testo universale sull'origine del diritto moderno, bensì una lotta, uno scontro, un rapporto di potere, una battaglia di discorsi e attraverso dei discorsi. Abbiamo detto, altresì, che nella trama intricata di tutti questi documenti, da cui emergono lotte diverse, è possibile distinguere i testi che parlano dell'emersione e conservano intatta la doppiezza paradossale delle forze che si combattono nel momento creativo – il diritto senza diritto e la violenza senza violenza –, da quelli che, invece, tracciano la traiettoria della genealogia del discorso moderno su diritto e violenza, dando testimonianza delle identità, di volta in volta conquistate – il diritto con diritto e la violenza con violenza – e delle loro metamorfosi.

Pertanto, dovrebbe oramai essere chiaro che, nell'analisi che qui ci tiene impegnati, la prima tipologia di documenti a cui si è fatto cenno coincide con quei testi che nel primo capitolo abbiamo considerato come i rappresentanti del discorso letterario sul diritto e la violenza – ovvero, *Il processo* di Kafka ed il *Bartleby* di Melville –, mentre la seconda tipologia (più ampia e frammentata perché rappresentativa delle diverse storie sul diritto e la violenza che hanno fatto seguito al momento dell'*Entstehung-Erfindung*) rinvia all'insieme degli ordini del discorso venutisi ad incrociare intorno all'evento dell'origine del diritto moderno,

(dopo l'emersione dello stesso); ordini discorsivi che, nella genealogia qui timidamente proposta, vengono riconosciuti come il discorso della critica, il discorso della legittimazione ed il discorso della differenza.

Tali ordini parlano tutti o, quanto meno, hanno tutti la pretesa di parlare della stessa cosa – l'origine del diritto moderno – ma, in realtà, in essi non vi è traccia di tale evento. Quest'ultimo, il presunto oggetto del sapere da essi costruito, è solo una pura distanza, la legge di una singolarità che non accetta ripetizioni. Pertanto, sarebbe errato credere che tali discorsi contengano una ricostruzione dell'evento dell'origine del diritto moderno. Essi narrano solo gli esiti della battaglia che li ha preceduti e la loro narrazione, come tutte le storie, non è un racconto obiettivo, ma una prospettiva che varia al variare dell'osservatore. Più precisamente, essi cercano di documentare l'evento dell'origine del diritto moderno, ognuno con la pretesa della completezza, ma, nella sostanza, ciò che generano non è una copia dell'evento, ma un altro avvenimento, un *artefacto* o invenzione di secondo ordine, che si produce al termine della battaglia, nell'istante dell'ascesa al potere, quando non c'è più scontro tra forze avversarie, le posizioni del governante e del governato sono state stabilite e bisogna giustificare la presa del potere. Pertanto, nessuno di questi discorsi è in grado di ospitare il momento dell'emersione, perché nasce dal suo impulso creativo e ne costituisce il naturale superamento. Tali discorsi contengono, dunque, gli esiti della battaglia, le terre conquistate e asservite ad un potere monologante che dice di essere sorto come dice di essere sorto.

Questo significa che ciascuno di essi, incluso il discorso letterario, veicola una memoria distinta e parziale dell'evento dell'origine del diritto moderno, una memoria che o ricorda il momento dell'emersione o ricorda solo uno dei tanti momenti della provenienza e che, pertanto, nel dar conto di alcuni aspetti, ne marginalizza e dimentica altri.

Se, però, le memorie generate dai discorsi della critica, della legittimazione e della differenza, in quanto memorie di secondo ordine, sono intercambiabili, a seconda dei punti di vista di volta in volta adottati; la memoria del discorso letterario, o memoria del paradosso, in quanto archivio di primo ordine, è insostituibile e accompagna sempre i non-detti delle altre memorie, che da lei discendono, non fosse altro che per ricordargli, seppur in modo inconscio, che c'è

Altro, che c'è sempre l'Altro – la possibilità di un rovesciamento, da prendere in considerazione e tenere sotto controllo.

Nelle pagine che seguono, dopo aver chiarito con quale accezione si fa uso qui del termine memoria, cercherò di dimostrare come, attraverso un'analisi dei frammenti di memoria che gravitano intorno all'evento dell'origine del diritto moderno – e che la genealogia ha permesso di rintracciare –, sia possibile non solo costruire una storia della relazione moderna tra il diritto e la violenza più ampia rispetto a quella tradizionale, ma anche e soprattutto una storia distinta, che finalmente riconosca il paradosso che fonda il diritto moderno e che, nonostante ciò, riesca a scommettere sulla sua differenza rispetto alla violenza.

2.2 Memoria: una scrittura per frammenti

Nell'economia di questa ricerca, memoria è un concetto chiave sul cui significato occorre, pertanto, soffermarsi. La parola deriva dal greco *μνήμη* e rimanda, nella sua accezione classica, a due distinte *facultas mentis*: la capacità di conservare o ritenere i pensieri primitivi e la possibilità di riprodurli senza che perduri nel tempo o ritorni l'occasione che li suscitò. Secondo questa definizione, la memoria scaturisce da un rapporto diretto con l'esterno, prima e da un accesso al passato, poi. Memoria, cioè, si produrrebbe, tanto negli individui come nella società, attraverso la conservazione di immagini, che sono immagini di eventi esterni, ed il loro richiamo o riattivazione nel presente. In questo senso, si pensa a memoria come ad un qualche dispositivo di immagazzinamento di informazioni, di rappresentazioni dell'ambiente, riattivabili in qualsiasi momento.

Non è con questa accezione che si utilizza, qui, il termine memoria, perché la stessa, lungi dall'essere neutrale, contiene, seppur in modo latente, una buona dose di ideologia. Difatti, essa parte da una precisa premessa epistemologica che non mette mai in discussione: l'oggettività della conoscenza. Secondo i teorici della conoscenza oggettiva – Platone, Hegel, Popper e Habermas, solo per citare i nomi più influenti nel dibattito accademico sul tema –, esiste un sapere puro, una realtà già data, che prescinde dai pensieri, sentimenti ed emozioni individuali. E ciò significa: che tutti possiamo accedere a questa realtà esterna, a condizione che le nostre facoltà mentali non risultino alterate; che quando ci troviamo nella situazione di non potervi accedere per difetti fisici come la cecità, per esempio, o

per difetti mentali come la schizofrenia, ci saranno professionisti – psichiatri, psicologi, etc. – che ci diranno come questa deve essere percepita; e, da ultimo, che tale realtà, per le ragioni a cui abbiamo fatto riferimento, non può dirsi alla portata di tutti.

È evidente che postulare l'esistenza di una realtà oggettiva non è un'operazione ingenua. Chi lo fa è consapevole del fatto che, attuando in questi termini, si possono creare tanto la necessità di uno sguardo comune quanto l'esigenza di includere, in questo sguardo, tutti coloro che vedono o osservano in modo distinto.

Proprio per questa visione totalizzante, l'epistemologia della conoscenza oggettiva è stata criticata nella modernità da studiosi afferenti a distinte aree disciplinari. Nel campo della biologia, ad, esempio, Humberto Maturana ha cercato di dimostrare, distinguendo tra “oggettività senza parentesi” ed “oggettività con parentesi”, che non esistono osservazioni senza osservatori.

En la línea explicativa de la objetividad sin paréntesis (...) el observador, u observadora, implícita o explícitamente supone que la existencia tiene lugar independientemente de lo que él o ella hacen, que las cosas existen independientemente de si él o ella las conocen, y que él o ella pueden conocerlas, o pueden saber de las cosas, o pueden saber acerca de ellas, mediante la percepción o la razón. En esta línea explicativa, el observador u observadora, usa alguna referencia respecto a alguna entidad tal como la materia, la energía, la mente, la conciencia, las ideas o Dios como su argumento definitivo para validar y, por lo tanto, aceptar una reformulación de la praxis de vivir como una explicación de ésta. (...) Por lo tanto, esta línea explicativa es constitutivamente ciega (o sorda) a la participación del observador, u observadora, en la constitución de que él o ella aceptan como una explicación. (...) en esta línea explicativa (...) un reclamo de conocimiento es una demanda de obediencia.

(...) En la línea explicativa de la objetividad entre paréntesis, el observador, u observadora, se encuentra como la fuente de toda realidad a través de sus operaciones de diferenciación en la praxis de vivir; (...) que él o ella pueden producir tanto diferentes, pero igualmente legítimos, dominios de realidad como diferentes clases de operaciones de diferenciación puedan llevar a cabo en su praxis de vivir; (...) que el observador, u observadora, puede usar uno u otro de estos diferentes dominios de realidad como dominio de explicaciones dependiendo del criterio de aceptabilidad para una adecuada reformulación de la praxis de vivir que él o ella usan en su acto de escuchar; (...) que él o ella son operativamente responsables de

todos los dominios de realidad y de las explicaciones que él o ella vivan en sus explicaciones de la praxis de vivir. De esto se desprende que, en esta línea explicativa, las explicaciones son constitutivamente no reduccionistas y no trascendentales porque en ello no hay búsqueda alguna de una única y definitiva explicación para ninguna cosa.⁵⁴⁰

Nel campo della linguistica, Umberto Eco ha parlato di mutezza dei fenomeni naturali e di accesso alla realtà esterna mediato da segni, precisando che i segni sono, in quanto significanti, strumenti di prima lettura delle cose e, in quanto significati soggetti a distinte interpretazioni, dispositivi che facilitano la rilettura delle cose quando le stesse evolvono nel loro divenire storico.

Estos signos no son fenómenos naturales; los fenómenos naturales no dicen nada por sí mismos. Los fenómenos naturales «hablan» a Sigma, en la medida en que toda una tradición campesina le ha enseñado a leerlos. Así pues, Sigma vive en un mundo de signos, no porque viva en la naturaleza, sino porque, incluso cuando está solo, vive en la sociedad; aquella sociedad rural que no se habría constituido y no habría podido sobrevivir si no hubiera elaborado sus códigos propios, sus propios sistemas de interpretación de los datos naturales (y que por esta razón se convertían en datos culturales).⁵⁴¹

⁵⁴⁰ Humberto Maturana, *La realidad: ¿objetiva o construida?*, Tomo II. *Fundamentos biológicos del conocimiento*, Anthropos, México, 1997, pp. 16-20: “Nella linea esplicativa dell’oggettività senza parentesi (...) l’osservatore, o osservatrice, implicitamente o esplicitamente suppone che l’esistenza abbia luogo indipendentemente da ciò che egli o ella fanno, che le cose esistano indipendentemente da se egli o ella le conoscono, e che egli o ella possano conoscerle, o possano sapere delle cose, o possano sapere circa di esse, per mezzo della percezione o della ragione. In questa linea esplicativa, l’osservatore o osservatrice, utilizza delle referenze rispetto a delle entità tali come la materia, l’energia, la mente, la coscienza, le idee o Dio come suo argomento definitivo per validare e, pertanto, accettare una riformulazione della prassi di vivere come una spiegazione di questa (...). Perciò, siffatta linea esplicativa è costitutivamente cieca (o sorda) alla partecipazione dell’osservatore, o osservatrice, nella costituzione di ciò che egli o ella accettano come una spiegazione (...) in questa linea esplicativa (...) una richiesta di conoscenza è una domanda di obbedienza.

(...) Nella linea esplicativa dell’oggettività tra parentesi, l’osservatore, o osservatrice, si presenta come la fonte dell’intera realtà attraverso le sue operazioni di differenziazione nella prassi di vivere; (...) che egli o ella possono produrre tanti differenti, però ugualmente legittimi, domini di realtà quante differenti classi di operazioni di differenziazione possono realizzare nella loro prassi di vivere; (...) che l’osservatore, o l’osservatrice, può usare uno o l’altro di questi differenti domini di realtà come dominio di spiegazioni dipendendo dal criterio di accettabilità per un’adeguata riformulazione della prassi di vivere che egli o ella usano nel loro atto di ascoltare; (...) che egli o ella sono operativamente responsabili di tutti i domini di realtà e delle spiegazioni che egli o ella vivono nelle loro spiegazioni della prassi di vivere. Da ciò deriva che, in questa linea esplicativa, le spiegazioni sono costitutivamente non riduzioniste e non trascendentali perché in essa non c’è nessuna ricerca di un’unica e definitiva spiegazione per nessuna cosa.”

⁵⁴¹ Umberto Eco, *Signo*, Traducido por Francisco Serra Cantarell, Editorial Labor, Barcelona, 1988: “Questi segni non sono fenomeni naturali; i fenomeni naturali non dicono nulla da sè. I fenomeni naturali «parlano» a Sigma, nella misura in cui tutta una tradizione campesina gli ha

Nel campo della critica letteraria, Octavio Paz ha scritto:

La primera actitud del hombre ante el lenguaje fue la confianza: el signo y el objeto representado eran lo mismo. La escultura era un doble del modelo; la fórmula ritual una reproducción de la realidad, capaz de re-engendrarla. Hablar era re-crear el objeto aludido. La exacta pronunciación de las palabras mágicas era una de las primeras condiciones de su eficacia. La necesidad de preservar el lenguaje sagrado explica el nacimiento de la gramática, en la India védica. Pero al cabo de los siglos los hombres advirtieron que entre las cosas y sus nombres se abría un abismo.⁵⁴²

Nel campo della filosofia della scienza, Thomas Kuhn ha dimostrato che i fatti e le teorie scientifiche non sono categoricamente separabili, dato che non esiste un linguaggio neutrale di osservazione e, tanto la riunione dei dati e dei fatti, come la formulazione di teorie, sono attività dirette da un osservatore.

(...) ¿es fija y neutra la experiencia sensorial? ¿Son las teorías simplemente interpretaciones hechas por el hombre de datos dados? El punto de vista epistemológico que con mucha frecuencia dirigió la filosofía occidental durante tres siglos, sugiere un sí inequívoco e inmediato. En ausencia de una alternativa desarrollada, creo imposible abandonar completamente ese punto de vista. Sin embargo, ya no funciona efectivamente y los intentos para que lo haga, mediante la introducción de un lenguaje neutro para las observaciones, me parecen por ahora carentes de perspectivas. Las operaciones y mediciones que realiza un científico en el laboratorio no son “lo dado” por la experiencia, sino más bien “lo reunido con dificultad”. No son lo que ve el científico, al menos no antes de que su investigación se encuentre muy avanzada y su atención enfocada. Más bien, son índices concretos del contenido de percepciones más elementales y, como tales, se seleccionan para el

insegnato a leggerli. Così, dunque, Sigma vive in un mondo di segni, non perchè viva nella natura, ma perchè, persino quando stà solo, vive nella società; quella società rurale che non si sarebbe costituita e non avrebbe potuto sopravvivere se non avesse elaborato i suoi propri codici, i suoi propri sistemi di interpretazione dei dati naturali (e che per questa ragione si convertono in dati culturali).”.

⁵⁴² Octavio Paz, *El Lenguaje*, in *El arco y la lira*, op. cit., p. 29: “La prima attitudine dell'uomo dinanzi al linguaggio fu la fiducia: il segno e l'oggetto rappresentato erano la stessa cosa. La scultura era un doppio del modello; la formula rituale una riproduzione della realtà, capace di rigenerarla. Parlare era ri-creare l'oggetto a cui si era fatta allusione. L'esatta pronuncia delle parole magiche era una delle prime condizioni della sua efficacia. La necessità di preservare il linguaggio sacro spiega la nascita della grammatica, nell'India vedica. Però nel corso dei secoli gli uomini avvertirono che tra le cose e i loro nomi si apriva un abisso.”.

examen detenido de la investigación normal, sólo debido a que prometen una oportunidad para la elaboración fructífera de un paradigma aceptado.⁵⁴³

Tutte queste obiezioni al paradigma della *conoscenza oggettiva* hanno introdotto nuove premesse nell'analisi del fenomeno cognitivo che non possono essere ignorate, specialmente perché hanno permesso la riformulazione del concetto classico di memoria.

Esse ci dicono: che la realtà esterna è muta e che ciò che parla è il linguaggio; che quest'ultimo, in quanto sistema di segni, funzionale all'interpretazione del mondo, rappresenta il primo dispositivo di scrittura e lettura del mondo stesso e che, pertanto, non va inteso come una tecnica di riproduzione fedele della realtà esterna, bensì come una tecnica di iscrizione delle cose che permette la loro lettura; che le parole non sono il riflesso delle cose,⁵⁴⁴ ma altre cose tra le cose – incisioni che si fanno su corpi materiali, con l'intenzione di includere quei corpi, freddi e muti, nel flusso della comunicazione; che l'inclusione dei corpi nella comunicazione si produce attraverso la loro esclusione e che, dunque, ciò che circola nella comunicazione non sono le cose nella loro materialità, ma i loro segni, che dicono di esse ciò che esse non possono dire di sé stesse; ed, infine, che la storia delle cose è la storia delle scritture e delle letture che gli uomini fanno sulle cose.

Prendendo seriamente in considerazione tali premesse, risulta improprio parlare della memoria come di un deposito di informazioni, fruibile ad ogni presente. Per questo, la definizione di memoria che qui si adotta non è quella classica, bensì quella moderna elaborata dal sociologo francese Maurice

⁵⁴³ Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Agustín Continuar, Fondo de cultura económica, México, 1971, pp. 197, 198: “(...) è fissa e neutra l'esperienza sensoriale? Le teorie sono semplicemente interpretazioni fatte dall'uomo di dati già dati? Il punto di vista epistemologico che con gran frequenza ha orientato la filosofia occidentale negli ultimi tre secoli suggerisce un sì netto ed immediato. In assenza di un'alternativa ben articolata, credo sia impossibile abbandonare completamente questo punto di vista. Tuttavia, tale punto di vista già non funziona e i tentativi fatti per mantenerlo in funzione, come l'introduzione di un linguaggio neutro per le osservazioni, mi paiono al momento privi di prospettive. Le operazioni e le misurazioni che realizza uno scienziato in laboratorio non sono “ciò che è dato” dall'esperienza, ma, più precisamente, “ciò che viene riunito con difficoltà”. Non sono ciò che vede lo scienziato, almeno non prima che la sua ricerca si trovi in uno stadio molto avanzato e la sua attenzione messa a fuoco. Più correttamente, sono indici concreti del contenuto delle percezioni più elementari e, come tali, vengono selezionati per l'esame attento della ricerca normale, solo in ragione del fatto che promettono un'opportunità per l'elaborazione fruttuosa di un paradigma accettato.”

⁵⁴⁴ Cfr. Michel Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966; tr. it. di Emilio Panaitescu, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, BUR, Milano, 2006 [1978], pp. 49-56.

Halbwachs, il quale, capovolgendo la tesi bergsoniana, secondo cui la coscienza individuale è in grado di conservare il passato, sostiene che ogni forma di memoria (individuale, collettiva o storica) non è altro che una ricostruzione parziale e selettiva del passato, i cui punti di riferimento sono forniti dagli interessi e dalla conformazione della società presente.⁵⁴⁵

Come dirà Tzvetan Todorov – in linea con il pensiero di Halbwachs – il ripristino del passato è qualcosa di impossibile. La memoria, come tale, è una selezione: alcuni aspetti di un dato evento vengono conservati; altri, invece, marginalizzati e dimenticati. Per questo, continua Todorov, bisogna tener bene a mente che la Storia si riscrive ad ogni cambio del quadro dirigente e che ciò che chiamiamo memoria storica ufficiale o dominante è soltanto una delle memorie possibili.⁵⁴⁶

2.3 Il discorso sull'emersione. La letteratura e la fabbrica dell'ordine giuridico moderno

Nei capitoli secondo e terzo abbiamo visto come *Il processo* di Kafka ed il *Bartleby* di Melville intessano attraverso le loro trame un vero e proprio discorso sulla relazione moderna tra il diritto e la violenza, al quale va riconosciuto il merito di introdurre nell'immaginario sociale una prima visione del paradosso che fonda il diritto moderno, con cui si confronteranno, in un secondo momento, il discorso della critica, il discorso della legittimazione e il discorso della differenza. In quella sede, abbiamo altresì visto come il discorso letterario conservi, nella genealogia qui proposta, una memoria del paradosso del diritto moderno e come tale memoria venga creata grazie all'utilizzo di un linguaggio metaforico-allusivo originario, capace di ospitare in sé quella che Francesco Cappa ha definito “la tensione degli estremi”.⁵⁴⁷ In quelle pagine, abbiamo però taciuto la natura e la funzione di questa memoria, mancanza a cui dovremo ora ovviare poiché è solo tenendo conto di questi dati che si possono comprendere l'essenza del paradosso ed il suo ruolo attivo nel processo di differenziazione del diritto moderno.

⁵⁴⁵ Cfr. Maurice Halbwachs, *La memoria collettiva*, tr. it. di Paolo Jedlowski e Teresa Grande, Unicopli, Milano, 2001 [1987], pp. 160-162.

⁵⁴⁶ Cfr. Tzvetan Todorov, *Les abus de la memoire*, Arléa, Paris, 1995.

⁵⁴⁷ Francesco Cappa, *La trama dell'attenzione. Critica e narrazione tra Benjamin e Kafka*, Mimesis, Milano, 2005, p. 14.

Se volessimo fare una similitudine letteraria, potremmo dire che la memoria conservata negli scritti di Kafka e Melville è un po' come l'*enciclopedia cinese* menzionata da Borges in *El idioma analítico de John Wilkins*, dove sta scritto che “*los animales se dividen en: a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas*”.⁵⁴⁸

Essa, cioè, al pari dell'enciclopedia cinese di Borges, ospita il ricordo di unità di senso giustapposte che, in quanto estranee ai “codici fondamentali di una cultura”,⁵⁴⁹ esulano dall'esperienza dell'ordinario e gravitano in un universo immaginario, dove si può ancora fare quella che Foucault ha chiamato “l'esperienza nuda dell'ordine e dei suoi modi di essere”.⁵⁵⁰ Come gli animali di Borges, tali unità di senso giustapposte non hanno referenti nel mondo esterno; sono metafore originarie o, come le abbiamo definite in altra sede, immagini senza la cosa immaginata. Esse non dicono e non pretendono dire nulla sul mondo ordinato; non sono sue descrizioni; né tantomeno sue distorsioni. Nella loro estensione immaginaria introducono ad un pensiero sconfinato e irrequieto che non riflette, né distorce il mondo esterno; un pensiero atipico e afasico che è, come dice ancora Foucault, “disordine che fa scintillare i frammenti di un gran numero d'ordini possibili nella dimensione, senza legge e geometria, dell'*eterocrito*”.⁵⁵¹

Più precisamente, potremmo dire che gli scritti di Kafka e Melville si presentano come una sorta di laboratorio, di fabbrica dell'ordine giuridico moderno, dove prendono forma le soluzioni più disparate e le proposte razionali convivono con quelle irrazionali. In essi, infatti, c'è lo Stato di diritto con tutte le sue garanzie, ma ci sono anche le interferenze del potere religioso, le irregolarità

⁵⁴⁸ Jorge Luis Borges, *El idioma analítico de John Wilkins*, in J. L. Borges, *Obras completas* (1923 - 1972), Emecé, Buenos Aires, p. 708: “gli animali si dividono in: a) appartenenti all'Imperatore, b) imbalsamati, c) addomesticati, d) maialini di latte, e) sirene, f) favolosi, g) cani in libertà, h) inclusi nella presente classificazione, i) che si agitano follemente, j) innumerevoli, k) disegnati con un capello finissimo di peli di cammello, l) et caetera, m) che fanno l'amore, n) che da lontano sembrano mosche”.

⁵⁴⁹ L'espressione è di Foucault e rimanda a quell'insieme di schemi che governano il linguaggio, gli scambi, le tecniche, i valori, la vita. Cfr. Michel Foucault, *Le parole e le cose*, op. cit., p. 10.

⁵⁵⁰ *Ivi*, p. 11.

⁵⁵¹ *Ivi*, p. 7.

dello stato d'eccezione, l'assoluta discrezionalità della macchina burocratica, la segretezza delle leggi e dei procedimenti; c'è lo Stato liberal-democratico con il suo corollario di diritti civili – la libertà di pensiero, parola, espressione, etc. – e sociali – il diritto all'educazione, all'assistenza socio-sanitaria, etc. –, ma ci sono anche le intolleranze della maggioranza, che fissano i limiti entro i quali ciascun cittadino può esercitare le proprie libertà, e le interferenze dell'economia borghese, che mettono a dura prova la tenuta dello Stato sociale; ci sono, poi, le richieste di assoluzione da capi di imputazione che si ignorano e quelle di comprensione per colpe di cui non ci si riesce a sentir colpevoli; e ci sono, infine, le risposte bizzarre del potere a quelle richieste – “Perché dovrei volere qualcosa da te? Il tribunale non ti chiede nulla. Ti accoglie quando vieni, ti lascia andare quando vai”;⁵⁵² “Non sono stato io a mandarvi qui, Bartleby”.⁵⁵³

Nella fabbrica dell'ordine giuridico moderno diretta da Kafka e Melville c'è, dunque, tutto e il contrario di tutto: il diritto garantista e quello violento; il diritto responsabile e quello corrotto; il diritto interventista e quello assenteista; il diritto liberale e quello autoritario. E nessun ordine, in realtà, viene prodotto. Si tratta solo di prove, di modelli di ordine possibili che si accumulano nella fabbrica dell'immaginazione, dove, poi, vi restano, ammassati gli uni sugli altri, assieme alle pagine sgualcite su cui sono stati abbozzati, ai macchinari che ne hanno facilitato la creazione e ai materiali di scarto che nel processo creativo sono avanzati. Tuttavia, questa fabbrica dell'immaginazione, dove si conservano in modo disordinato i modelli dell'ordine e i loro scarti, può considerarsi reale, nella misura in cui produce effetti concreti nel mondo esterno con cui, pur sempre, interagisce. Il suo potere è quello di far vacillare l'indiscutibilità di ogni discorso monologante che si faccia portavoce o solo delle istanze del diritto o solo di quelle della violenza, ricordando che una convivenza sostenibile è possibile solo a patto di un dialogo costante tra le ragioni giuridiche e le ragioni dell'Altro, che anche quando indossano le vesti della violenza conservano un 'diritto all'ascolto'. In questo senso, la memoria del paradosso o memoria delle contraddizioni dell'ordine giuridico moderno assolve alla duplice funzione di spogliare del velo di un'autorità indiscutibile i discorsi monologanti sulla provenienza del diritto

⁵⁵² Franz Kafka, *Il processo*, in F. Kafka, *Romanzi*, a cura di Ervino Pocar, Arnoldo Mondadori Editore (collezione I Meridiani), Verona, 1969, p. 526.

⁵⁵³ Herman Melville, *Bartleby lo scrivano*, tr. di Gianni Celati, Feltrinelli, Milano, 1991, p. 44.

moderno e di assicurare uno spazio alle ragioni dell'Altro, incentivando il cammino verso la differenza.

2.4 Verso il diritto differenziato

Nelle genealogie degli eventi, concetti o idee, i discorsi sulla provenienza occupano, in ragione del loro carattere 'identitario', una posizione secondaria rispetto ai discorsi sull'emersione. Difatti, mentre questi ultimi riflettono il momento della battaglia per la conquista dell'identità e conservano traccia della doppiezza delle forze che si contrastano al fine di stabilire l'ordine futuro, i primi sono già discorsi di quest'ordine e mancano, pertanto, della completezza, della complessità e del movimento dei primi. Restano, così, da essi profondamente dipendenti, seppure appaiano, in virtù della loro struttura, come chiusi e completi. In realtà, tanto la loro chiusura quanto la loro completezza sono finzioni dettate dall'esigenza di mantenere l'ordine.

Nello specifico e nella genealogia che ci riguarda, i discorsi della critica, della legittimazione e della differenza, come discorsi sulla provenienza dell'ordine giuridico moderno, fingono una discendenza distinta da quella unica che li accomuna tutti e li costringe, in ragione del suo carattere non 'identitario', ad essere parziali e incompleti. Questo significa che, sebbene esista un luogo unico ed immaginario, dove si può fare l'esperienza nuda dell'ordine giuridico moderno, nessuno dei discorsi sulla provenienza di tale ordine è nella condizione di poter ospitare questo luogo, che resta sempre una pura distanza. La ragione di questa inospitalità dipende, lo abbiamo più volte ripetuto, dal pilastro su cui si regge l'ordine: il principio di non contraddizione, il quale obbliga i discorsi sulla provenienza (che sono poi i discorsi dell'ordine – quelli che lo presentano e che nel presentarlo lo ordinano) ad assumere posizioni chiare e relativamente stabili.

Tuttavia, non tutti i discorsi sulla provenienza dell'ordine giuridico moderno possono dirsi inconciliabili con il discorso sull'emersione, perché, se è vero che, tra questi, i discorsi della critica e della legittimazione, affermando la discendenza del diritto rispettivamente dalla violenza assoluta e dall'estrema purezza, negano la possibilità di un diritto doppio e rifiutano, dunque, in modo categorico, la memoria del paradosso che fonda e conserva il diritto moderno; è altrettanto vero che il discorso della differenza assume, invece, una posizione di compromesso

che non esclude la possibilità di un dialogo con il discorso sull'emersione. Difatti, raccontando la storia di un diritto che nasce come *différance*, ovvero come movimento costante che produce ad ogni presente i poli dell'opposizione diritto-violenza e li tiene uniti differendone il *polemos*, esso riconosce sì la differenza come imperativo del sistema giuridico moderno, però, senza negare il fatto che la spinta, il motore di questo movimento differenziale è rappresentato da quella contaminazione originaria tra diritto e violenza di cui parla il discorso letterario e a cui occorre trovare una soluzione – una soluzione che Derrida chiama “forza di *différance*”,⁵⁵⁴ e che è forza performativa, forza illocutoria o perlocutoria, forza persuasiva e di retorica, di affermazione di firma.⁵⁵⁵

E dire che alla base del diritto moderno c'è una contaminazione originaria che viene risolta con una *forza di différence*, significa riconoscere, da un lato, il paradosso che caratterizza il momento dell'emersione e, dall'altro, l'esigenza di gestirlo con strategie adeguate che non si limitino ad ideare soluzioni per il suo occultamento, ma che assicurino il suo continuo trattamento, dove per 'continuo trattamento' deve intendersi lo studio costante delle ragioni doppie che muovono la macchina giuridica e che sono ragioni del diritto e ragioni dell'altro da cui il diritto si differenzia.

Nelle ultime pagine di questo lavoro, vedremo come il discorso della differenza proporzioni gli strumenti teorici per sostenere ed incentivare il processo di differenziazione del diritto moderno, evitando così derive totalitarie o anarchiche.

3. Comunicazione, memoria, narrazione o del come vincere la scommessa della differenza

Con il discorso della differenza,⁵⁵⁶ Derrida introduce uno degli aspetti chiave della relazione moderna tra il diritto e la violenza: il calcolo, nella duplice accezione del *tenere il conto* e del *tenere in conto*. Questo requisito, che stimola entrambi i poli della relazione ad una valutazione e ad una tematizzazione

⁵⁵⁴ Così Jacques Derrida, *Forza di legge*, op. cit., p. 54.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ Non è improprio parlare di differenza, anziché di *différance*, rivolgendosi al discorso derridiano su diritto e violenza, dato che qui, *différance* è innanzitutto un espediente linguistico per trattare in modo nuovo un vecchio tema.

reciproca, assume, dalla prospettiva del sistema giuridico,⁵⁵⁷ la veste del controllo. Calcolare la violenza significa innanzitutto per il diritto moderno individuarne i focolai, sottoporli ad un attento monitoraggio e mantenerli spenti, con apposite pratiche di sorveglianza. È opportuno precisare che le forme attraverso le quali questo controllo viene messo in atto non assolvono ad una funzione repressiva bensì curativa,⁵⁵⁸ non servono cioè né a bloccare né a estirpare la violenza ma solo ad amministrarla attraverso *programmi condizionali* del tipo *se/allora*,⁵⁵⁹ i quali permettono di regolare con certezza l'a-venire di situazioni incerte.

Questi programmi, in quanto testi giuridici che ordinano il futuro, attribuendo conseguenze certe ad eventi altamente contingenti, operano al livello della giurisdizione, orientando la semantica del procedimento decisionale e convogliando nelle aule dei tribunali le esplosioni della *vis*. Da un lato, cioè, forniscono indicazioni su come agire in caso di violenza – quali conseguenze applicare e quali criteri seguire; dall'altro, affidano al giudice il trattamento/cura della stessa. Ciò significa due cose: che il diritto non si trova mai impreparato di fronte agli episodi di violenza; e che riserva a questi ultimi un luogo privilegiato, il sub-sistema (o *sistema parziale differenziato*)⁵⁶⁰ giudiziario, dove filtra tali

⁵⁵⁷ Assumendo qui la prospettiva del diritto, non intendo dire che la violenza, dalla sua prospettiva, non eserciti alcun controllo nei confronti del sistema giuridico. Al contrario, la vigilanza, e l'allerta nei casi di pericolo, sono attitudini reciproche dettate dalla differenza, o meglio, dalla percezione dell'altro come una minaccia. Tuttavia, nonostante la bilateralità di questo atteggiamento guardingo, non posso che limitarmi a circoscrivere l'analisi a ciò che è di mia competenza, orientando l'attenzione sulle modalità attraverso le quali il diritto sorveglia la violenza e immunizza la società dall'azione distruttiva della forza bruta.

⁵⁵⁸ Circa l'idea secondo la quale la cura della violenza è privilegio del diritto moderno, si veda il lavoro di Eligio Resta (*La certezza e la speranza*, op. cit., p. 21), nella parte in cui riprende il pensiero di Girard: “Nonostante sopravvivenze e contraddizioni, quello moderno è il sistema che più decisamente si presenta «curativo» della violenza. Assumendo in una sua parte esclusiva, il sistema giudiziario, la regolazione della vendetta, la espelle da sé: nega la vendetta appropriandosene. Ma allora perché è riservato a noi moderni questo «privilegio» e in cosa consiste il nostro misconoscimento del «circolo vizioso della vendetta» nel quale siamo fino in fondo immersi? A questo interrogativo la risposta di Girard è quanto mai incisiva: perché i sistemi moderni cominciano finalmente a fare i conti con i propri paradossi, non risolvendoli, ma spostandoli nel luogo dove essi possono essere più sopportabili”.

⁵⁵⁹ Circa l'utilizzo da parte del diritto di *programmi condizionali* e l'inadeguatezza in ambito giuridico dei *programmi finalistici*, si veda Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993; tr. it. di Luisa Avitabile, *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 182: “Il quadro della decisione giuridica non è mai un programma finalistico che esige di cercare i mezzi adeguati per il fine - escogitato liberamente o imposto - e che esige di mantenere le delimitazioni introdotte nel programma, per esempio dei costi permessi o dei limiti legali. Si ha sempre, come testo valido, una struttura se-allora. E solo nei problemi per l'interpretazione di questo testo, il sistema giuridico [...] può partire dalla considerazione di quale finalità deve servire il programma”.

⁵⁶⁰ Di *sistema parziale differenziato* del diritto parla Luhmann, riferendosi alla posizione dei tribunali nel sistema giuridico. Cfr. Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., p.275.

eventi e li sottopone, utilizzando una metafora presa in prestito dal campo medico, a trattamento sanitario obbligatorio. Dicendo che il diritto non si trova mai impreparato di fronte alla violenza non intendo affermare che sa sempre come affrontarla, ma semplicemente che, succeda quello che succeda, esso è tenuto a trattarla – anche quando il caso di specie rientri nella categoria dei cd. *hard cases*⁵⁶¹ e le norme giuridiche vigenti ed applicabili con l'utilizzo di metodi deduttivi logicamente corretti non conducano a una decisione univoca. Il diritto moderno deve curare la violenza, deve trattarla, deve cioè decidere e la decisione è negli ordinamenti giuridici contemporanei un dogma, una norma che circola nel sistema nella forma del *divieto di denegare giustizia*.⁵⁶² Decidere è l'imperativo etico del sistema, il suo compromesso con la società, o, come lo definisce Luhmann, una “precauzione istituzionale” che entra in gioco tutte le volte in cui si presentano problemi irrisolvibili nell'accertamento legislativo e nell'interpretazione.⁵⁶³ Anche nei casi difficili si deve agire. Pertanto, l'interpretazione infinita dei testi, a cui tali casi rimandano, deve essere interrotta e nonostante sia possibile l'acquisizione di ulteriori informazioni per il raggiungimento di un sapere migliore, il sistema deve interrompere la ricerca e fare affidamento sul sapere accumulato. Questo significa che i tribunali devono decidere anche laddove non possono decidere. In presenza di un materiale insufficiente, essi devono ricreare *standards* di razionalità sostenibili per arrivare a una conclusione o fare come se tali *standards* esistessero. Devono *inventare*⁵⁶⁴, a partire dal diritto vigente, un diritto che ancora non c'è. Ciò impone un calcolo a variabili determinabili e indeterminabili, dove non importa il risultato, che potrà cambiare in ragione di successive precisazioni dell'indeterminabilità originaria, ma il procedimento, il calcolo stesso, o se vogliamo, la decisione di calcolare. Tuttavia, perché il sistema funzioni e la differenza tra diritto e violenza continui ad essere assicurata, non è sufficiente

⁵⁶¹ Per un approfondimento delle problematiche generate dagli *hard cases* nei sistemi di *Common Law*, si veda Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977, pp. 81ss. e 90 ss. Un cenno alla problematica, con riferimento ai sistemi di Civil Law, si trova invece in Michele Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 223.

⁵⁶² Sulla scarsa letteratura teoretico-giuridica intorno al significato strutturale di questa coazione a decidere, si veda Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., p.286.

⁵⁶³ Cfr. Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., p.288.

⁵⁶⁴ Così Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., p. 292: “I tribunali devono decidere anche laddove non possono decidere; o, in ogni caso, non all'interno di *standards* di razionalità sostenibili. E se essi non possono, devono allora costringersi a poterlo. Se non si può trovare il diritto, allora lo si deve inventare”.

decidere, occorre *decidere in modo consistente*, ovvero, giusto.⁵⁶⁵ La consistenza si elabora nel processo argomentativo e si ottiene mediante una connessione ragionata dei testi giuridici che insistono sul caso di specie. Essa ha il carattere di una meditata ragionevolezza intertestuale ed è garanzia di un'argomentazione condotta dentro i confini del sistema ed esente da pregiudizi morali o di altro genere.⁵⁶⁶

Perché si possa argomentare e, soprattutto, perché si possa argomentare in modo consistente è necessario interpretare previamente i testi a disposizione e sottoporli ad una prova di comunicazione. Scrive Luhmann:

Quando si parla di interpretazione si pensa al comportamento sociale di un lettore che si concentra sul testo e che evidentemente non vuole essere disturbato. Non lo si può coinvolgere nella comunicazione, senza obbligarlo a interrompere la lettura. O legge o prende parte alla comunicazione. Oggi si legge, normalmente, in silenzio. E chi legge per gli altri agisce solo come organo del testo – e non proprio come il suo interprete. Non interessa quello che un lettore pensa nell'interiorità oscura dei suoi pensieri, nel caso in cui prenda tempo per separarsi dal testo. Quando comincia a interpretare, quello che fa è preparare un'argomentazione. Lo può fare se prima simula la comunicazione nella forma di una conversazione con se stesso (non: nella forma di una conversazione con il testo!) o nella forma di pensieri articolati, verbalizzati, come una specie di prova di comunicazione.⁵⁶⁷

In tal senso, l'interpretazione consiste nel pensare argomenti e ragioni che funzionano dal punto di vista comunicativo. Ma, come e perché l'argomentazione giuridica deve funzionare nella comunicazione? Il perché è semplice ed ha a che fare con il carattere dispositivo della decisione giuridica. Se giudicare significa disporre degli affari altrui, allora è necessario un dialogo serrato e continuo tra chi giudica e chi è giudicato.⁵⁶⁸ Fallire in questa comunicazione può avere conseguenze gravi in ordine al mantenimento della differenza tra il diritto e la violenza. Il come è questione più complessa, poiché non implica semplicemente la ricerca di un metodo, bensì muove dalla pretesa di un modello argomentativo funzionale dal punto di vista comunicativo. Perché un'argomentazione si possa

⁵⁶⁵ Circa l'idea secondo la quale la giustizia consta della consistenza delle decisioni, si veda Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., pp. 193-215 e p.331 .

⁵⁶⁶ Cfr. Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., pp. 313-378.

⁵⁶⁷ Ivi, p. 336.

⁵⁶⁸ Ivi, p. 338.

qualificare come comunicativa non è necesario che il suo destinatario, o chi per lui (l'avvocato, per esempio, al posto del cliente contumace), la comprenda, bensì che le sue ragioni risultino strutturate in modo tale da rendere possibile la comprensione. Dunque, ai fini della funzionalità sul piano comunicativo, è sufficiente la mera comprensibilità degli argomenti, essendo la comprensione, invece, un onere e una prerogativa della comunicazione stessa.

Dato che non si può dare per scontato che qualsiasi soggetto del processo parli o scriva in modo comprensibile e dato che il carattere policentrico dell'articolazione soggettiva del processo impone una comunicazione ai fini dell'adozione di una decisione consistente del caso, è naturale che, nel corso dell'evoluzione, il sistema giuridico si sia dotato di strumenti attraverso i quali rendere possibile e potenziare l'esperienza comunicativa in atto nel processo argomentativo. A tal fine, il diritto sembra aver fatto ricorso, come conferma la letteratura recente in materia di *storytelling*,⁵⁶⁹ alla narrazione quale *medium* per

⁵⁶⁹ Tra gli scritti più interessanti in materia di *storytelling*, si vedano: Peter Brooks & Paul Gewirtz (a cura di), *Law's Stories. Narrative And Rhetoric In The Law*, Yale University Press, New Haven e Londra, 1996; Richard H. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992; Robin West, *Narrative, Authority, and Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993; Jane B. Baron & Julia Epstein, "Is Law Narrative?", in *Buffalo Law Review* 45, 1997, pp. 141-187; Robert M. Cover, "The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative", in *Harvard Law Review* 97, 1983, pp. 4-68; Jerome Bruner, *La fabbrica delle storie. Diritto, Letteratura, Vita*, Laterza, Bari, 2006; Anthony G. Amsterdam, Jerome Bruner, *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000. Per una teorizzazione marcatamente «narrativistica» del processo cfr. José Calvo González, "Coherencia narrativa y razonamiento judicial", in *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 25 (Marzo 1992), pp. 97-102; *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993; "Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)", in *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 33 (Marzo 1994), pp. 33-43; "Iurisdictio como traducción", in *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 39 (Septiembre 1995), pp. 381-387; *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996; *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Ágora, Málaga, 1996; "Publicidad de las sentencias, intimidación del ofendido y derecho a la información. (Sobre el "relato de hechos")", in *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, v. I, pp. 552-573; "Iudex Suspectus. Semionarrativa y retórica de la imagen", in *Retórica y Texto*, Antonio Ruiz Castellanos- Antonia Viñez Sánchez- Juan Sánchez Durán (eds.), Universidad de Cádiz, Cádiz, 1998, pp. 212-215; *Verdad [Narración] Justicia*, José Calvo González (coord.), Universidad de Málaga, Málaga, 1998; "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 76 (1999), pp. 27-54; "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (2001) pp. 13-33; "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio", in Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102; "Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud", in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15/2007, pp. 1-22; *Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif*, Université Laval, Québec, 2007; "La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho", in José Calvo González (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Comares, Granada, 2008, pp. 363-389; "Sobre Hermenéutica jurídica

l'elaborazione, lo sviluppo e la diffusione controllata del sapere giuridico. Sebbene l'uso della pratica narrativa sia concesso a tutti gli attori processuali, in quanto veicolo degli elementi di fatto e di diritto sui quali si fonda la decisione, è chiaro però che spetta solo al giudice il potere della narrazione finale e che solo il suo racconto reca il sigillo dell'autorità.⁵⁷⁰ Per tale ragione, il giudice deve seguire determinati canoni narrativi, al cui rispetto non sono tenuti, invece, gli altri *storytellers*. Ad esempio, il racconto del giudice non può contenere lacune di informazioni, le quali, invece, possono legittimamente apparire nelle altre *stories*; né può assumere un punto di vista particolare, dovendo riflettere la neutralità della sua posizione.

Da questa differenza, ovvero dalla contrapposizione tra la rigidità della *story* del giudice e la flessibilità delle altre *stories*, la comunicazione giuridica trae enormi vantaggi, poiché il carattere tendenzialmente aperto delle ipotesi di fatto elaborate da avvocati, testimoni, periti e consulenti tecnici non solo bilancia il regime di chiusura in cui lavora il giudice in sede di ricostruzione del caso, ma assicura altresì l'acquisizione di un complesso materiale informativo che, filtrato in versioni differenti e plausibili della dinamica dei fatti,⁵⁷¹ offre al magistrato una base per la scelta decisiva. Il termine 'scelta' è qui usato in modo improprio, dato che il giudice pur isolando, ai fini della risoluzione del caso, uno dei diversi racconti intorno alla vicenda fattuale, non si limita ad incorporarlo *sic et*

y Relato. Notas para una ilustración narrativista acerca de di-versiones y extra-versiones interpretativas”, in José Calvo González (dir.), *Implicación Derecho Literatura*, cit., pp. 471-477; “Constitutional Law en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio”, in *Law and Literature. ISLL. Italian Society for Law and Literature. Papers*, 2009, pp. 1-9; “Hechos como argumentos: teoría narrativista y argumentación jurídica”, in Milagros Otero Parga (ed.), *Tópica, Retórica y Argumentación en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Universidade de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2011, pp. 111-121; “Cine y Argumentación jurídica. Estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentales en la litigación sobre hechos”, in Andrés Botero-Bernal (coord.), *Cine y Derecho: Memorias del VIII Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, Editorial Universidad de Medellín, Medellín (Colombia), 2014, pp. 61-100; “Desafíos hermenéuticos: *ad intra* / *ad extra* sentido”, in *Jurisprudencia Argentina*, II, 9, (2014) [Monográfico ‘Los Derechos Fundamentales en la Constitución: Interpretación y Lenguaje’, Carlos M^a Cárcova (coord.)], pp. 5-13.

⁵⁷⁰ Uberto ScarPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in AA.VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Cedam, Padova, 1984, p. 137, si sofferma sul carattere imperativo della *res iudicata*, scrivendo: “Con la sentenza definitiva [...] l'autorità impone il suo sigillo sulla verità. Chiuso il giudizio, la verità resta stabilita dall'autorità con la sua decisione. Le eccezioni son poche e gravi, circoscritte alla tardiva emergenza di prove forti, e comunque destinate a concludersi con un nuovo sigillo d'autorità”.

⁵⁷¹ Circa l'idea secondo la quale il giudizio non si fonda su ‘fatti bruti’, ma su una rielaborazione degli stessi, condotta attraverso il *medium* della narrazione, si veda José Calvo González, *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, op. cit., pp. 23-43.

simpliciter nella sentenza. Al contrario, inserendolo nel suo ragionamento e trattandolo come premessa minore del sillogismo giudiziario che porta alla decisione,⁵⁷² lo pone in dialogo con la premessa maggiore e, rimaneggiandolo alla luce del quadro normativo sotto cui lo sussume, gli da una consistenza nuova. Ne segue che la *story* decisiva è sempre altra rispetto alle narrazioni complessive che costituiscono il processo e che la sua autorità poggia su due pilastri: lo scambio comunicativo da cui trae origine; e la memoria del sistema o referenza al diritto vigente (norme, precedenti giudiziari, principi) con cui colma i vuoti di informazione.

Data l'importanza che qui assumono i concetti di comunicazione e memoria del sistema, ritengo opportuno chiarirne brevemente la storia e la peculiare accezione con cui circolano in questo testo. La parola comunicazione deriva dal greco antico *κοινός*, aggettivo che, con riferimento alle cose, ha il significato di comune, pubblico, appartenente a tutti, mentre, con riferimento alle persone, assume il significato di compagno, partecipe, ma anche della stessa origine o razza. Ripresa dal latino, la radice greca *κοιν*, diventa *cum* e accostata al sostantivo *munus* (incarico), dà origine all'aggettivo *communis* che significa propriamente «che compie il suo incarico (*munus*) insieme (*cum*) ad altri, ricevendone benefici». Dall'aggettivo *communis* derivano poi, nel tardo latino, le parole *commune*, *communitas*, *communicare* e *communicatio*. Il significato originario di *partecipazione e scambio umano*, che è alla base del concetto di comunicazione e che si desume chiaramente dalla radice etimologica della parola, viene sostituito nella modernità da quello generico di *trasmissione di idee e di pensieri*. Il cambio semantico ha luogo intorno alla seconda metà del Novecento, quando, nei laboratori della *Bell Telephone Corporation*, gli americani Claude E. Shannon e Warren Weaver formulano la prima teoria della comunicazione. Secondo il loro modello, un sistema di comunicazione è composto da una *sorgente d'informazione*; da un *messaggio*; da un *codificatore*; da un *segnale*; da un *canale fisico* attraverso il quale il messaggio viene trasmesso in maniera codificata; da un *decodificatore* che trasforma il segnale nel messaggio originario; dal *destinatario dell'informazione*. In una telefonata, ad esempio, chi chiama è la sorgente; la

⁵⁷² Nella cultura giuridica moderna, a partire da Beccaria, una decisione giurisdizionale si considera fondata e pertanto tale, se è inferita logicamente da una norma generale in congiunzione con un enunciato fattuale. Così Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 256.

conversazione è il messaggio; le parti dell'apparecchio telefonico che trasformano le onde sonore in oscillazioni di corrente elettrica e viceversa sono il codificatore e il decodificatore; i cambiamenti di tensione elettrica sono il segnale; i cavi elettrici sono il canale; chi riceve la chiamata è il destinatario.

A dispetto dello specifico contesto in cui la teoria nasce, le sue implicazioni si affermano in un vasto arco di campi disciplinari (biologia, psicologia, sociologia, semiotica, informatica, etc.), portando alla generalizzazione di un'idea settoriale di comunicazione come trasmissione di informazioni.⁵⁷³

Non è con questo significato che il concetto di comunicazione viene qui utilizzato. L'ontologia e il carattere unidirezionale, da cui è marcato, lo rendono inidoneo a riprodurre la logica costruttiva e partecipativa dell'argomentazione.⁵⁷⁴ La metafora della 'trasmissione' suggerisce l'immagine di uno scambio materiale tra mittente e ricevente, dove l'informazione, invece di essere il prodotto del processo comunicativo, transita in esso come un dato indipendente, acquisito dall'esterno e sempre identico a se stesso. Si crede cioè che la società disponga di un bagaglio di informazioni da cui emittente e ricevente attingono e che l'aumento, la riduzione e il contenuto dell'informazione stessa siano indipendenti dall'evento comunicativo. Questa costruzione concepisce la comunicazione come un luogo di transito di messaggi prodotti altrove (senza tra l'altro specificare dove) anziché come una fabbrica dell'informazione. Inoltre, essa considera l'emissione il momento centrale della comunicazione e pretende specifici requisiti di abilità solo da colui che emette il messaggio. Per cui se il mittente trasmette correttamente l'informazione, in assenza di disturbi sul canale di trasmissione, la comunicazione può dirsi riuscita. La posizione del destinatario è marginale. Egli deve solo decodificare il messaggio per entrare in possesso della stessa notizia di cui si presume disponga il mittente. Che manchi in questo schema una dimensione partecipativa è evidente. Ed è altrettanto evidente il fatto che quest'assenza renda l'accesso all'informazione tanto libero quanto bloccato. Tutti possono disporre dell'informazione, tutti possono trasmetterla e riceverla. Ma, dove si produce? Chi

⁵⁷³ Così Francesco Calabro, *Incertezza e vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann*, Pensa MultiMedia, Lecce, 2007, p. 13.

⁵⁷⁴ Per un'analisi dettagliata di questa logica, seppur limitata ad una fase specifica del processo argomentativo, quella dell'allegazione dei fatti, si veda José Calvo González, *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, op. cit., pp. 23-43. In particolare, Calvo richiama l'attenzione sul carattere negativo della partecipazione, sottolineando l'intento vorace e distruttivo che spinge ogni costruzione dei fatti a divorare quella avversaria.

o cosa la formula? In quale spazio della società si colloca, se esiste un simile spazio? E quale spinta propulsiva la mette in circolo e ne impedisce l'esaurimento? A queste domande, le teorie della comunicazione basate sulla metafora della trasmissione non danno risposte, limitandosi a potenziare gli aspetti tecnici della comunicazione e lasciando irrisolte le questioni di fondo, che spesso richiedono scomode valutazioni politiche.

Pertanto, prendo le distanze da tale posizione e accolgo qui la definizione di comunicazione così come formulata nel contesto della teoria dei sistemi. Essa rinvia ad un processo selettivo di informazioni, avviato da un sistema sociale nell'interazione con altri sistemi e finalizzato al controllo della consistenza interna mediante negoziazioni di senso ed alla produzione di sufficiente ridondanza per evitare che la comunicazione venga continuamente messa in discussione e debba partire ogni volta da zero.⁵⁷⁵ Comunicazione è, scrive Luhmann, un processo di continuo mutamento formale di materiali portatori di senso, un processo di conversione di libertà in libertà, accompagnata dal mutare dei condizionamenti.⁵⁷⁶ Essa non si sostanzia in una emissione e in una ricezione di informazioni estratte da un 'paniere' e riversate in un altro, bensì nell'elaborazione di contenuti di senso che sono innanzitutto proposte di significato e che in quanto tali possono essere accettate o rifiutate. Possiamo definire un evento elementare di comunicazione come la più piccola unità negabile. Ogni frase, ogni richiesta apre molte possibilità di negazione: non questo, ma quello; non così; non ora; ecc. Queste possibilità rimangono aperte come rinvii a contenuti di senso finché il destinatario della comunicazione non reagisce. Soltanto la reazione conclude la comunicazione.⁵⁷⁷ Nel linguaggio della teoria dei sistemi, coloro che prendono

⁵⁷⁵ Cfr. Dirk Baecker, *Why Systems?*, in *Theory Culture & Society*, 18, 2001, pp. 59-74. Secondo Baecker tanto il concetto di sistema, quanto l'idea di una teoria dei sistemi, sono relazionate con l'intento della società moderna di controllare il suo sapere attraverso la comunicazione. Dato che la conoscenza non si produce attraverso la scoperta di causalità prestabilite, ma in virtù dell'attribuzione di determinate cause a determinati effetti da parte di un osservatore, essa va controllata attraverso l'esposizione di ogni sua acquisizione all'osservazione di altri osservatori. Tale esposizione si realizza mediante comunicazione, o detto in altri termini, mediante negoziazione di senso. L'informazione è qui solo una proposta di senso e dalla sua accettazione o rifiuto nello scambio comunicativo dipendono rispettivamente il consolidamento del vecchio sapere o l'elaborazione di nuovi orizzonti di senso. Così "any control is an act of communication and can only be successful to the extent that communication is successful".

⁵⁷⁶ Così Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984; tr. it. di Alberto Febbrajo (prefazione, introduzione e capp. 2, 8) e di Reinhard Schmidt (capp. 1, 3-7, 9-12), *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 264.

⁵⁷⁷ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, op. cit. p. 270.

parte al processo comunicativo vengono definiti 'osservatori'. Osservatore è ogni sistema che si serve di una specifica distinzione (ad esempio, sistema/ambiente, vero/falso, lecito/illecito, ecc.) per costruire un reticolo di ulteriori distinzioni, da cui ottiene informazioni mediante progressiva selezione di uno dei lati della distinzione stessa. L'osservazione è l'operazione caratteristica dei sistemi di senso, che permette loro di rinviare ad altre possibilità oltre al dato di volta in volta attualizzato.⁵⁷⁸ Attraverso questa modalità operativa, qualcosa viene selezionato nella comunicazione, diviene oggetto di attenzione e da mera proposta di significato si trasforma in senso attualizzato. La parte della distinzione non selezionata ed esclusa dal sistema non si perde, ma circola nell'ambiente come possibilità non attualizzata, come orizzonte del senso a disposizione di altri osservatori. Questo significa che il senso escluso da una data osservazione viene reimmesso nel circuito comunicativo e può costituire oggetto di altre osservazioni. Osservare non implica pertanto una differenza tra senso e non-senso, bensì una differenza tra attualità e possibilità e osservatore non è colui che scopre il senso, ma chi lo costruisce usando distinzioni che si espongono ad altre osservazioni e ad altri osservatori. La teoria narrativista del diritto chiama 'narratore' il sistema che osserva, 'racconto' il senso attualizzato dall'osservatore mediante distinzioni e 'narrazione' il medium utilizzato dalla comunicazione per l'elaborazione, il controllo e la diffusione delle storie.

Ho detto che memoria del sistema è un altro concetto chiave che merita un'analisi attenta.

Aquí no debe hablarse de memoria en el sentido de un posible regreso al pasado, ni tampoco en el sentido de un almacén de datos o informaciones a los cuales puede recurrirse cuando surge la demanda. Más bien se trata de una función que se utiliza de manera incesante – aunque siempre en el presente – que verifica la consistencia de todas las operaciones que suceden en vista de lo que el sistema construye como realidad. En nuestro ámbito temático estas operaciones son comunicaciones – y no cambios de estados neurobiológicos del cerebro ni tampoco de lo que una conciencia particular se hace consciente. Por eso, la función de la memoria consiste en garantizar los límites de las posibles pruebas de consistencia y en liberar a la vez capacidad de procesar información con el fin de que el sistema se abra a nuevas irritaciones. La función principal de la memoria reside, pues, en olvidar, en evitar

⁵⁷⁸ Cfr. Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, FrancoAngeli, Milano, 1996, pp. 163,164.

que el sistema se bloquee a sí mismo a causa de una coagulación de los resultados de observaciones anteriores.⁵⁷⁹

Memoria, qui, è il *modus operandi* di un sistema che processa senso mediante osservazioni che riproducono costantemente la distinzione tra ricordare e dimenticare.⁵⁸⁰ Essa rende possibile, attraverso la dimenticanza del senso non selezionato, la costruzione di invarianze, di identità, di sufficiente ridondanza per il trattamento consistente del caso. Memoria cioè è la funzione che accompagna le osservazioni del sistema e assicura un costante controllo della loro consistenza.⁵⁸¹ Non ha nulla a che vedere con le tracce che gli eventi si presume lascino nei singoli sistemi di coscienza perché gli eventi non lasciano tracce. Quest'ultime sono sempre costruzioni di osservatori e entrano nella comunicazione come prodotti della comunicazione stessa e non come duplicati di dati esterni. La memoria del sistema, allora, è una conquista propria delle operazioni comunicative, il risultato della loro ricorsività.⁵⁸² Essa sorge per il fatto che, nella costruzione di nuovo senso, la comunicazione deve tornare su se stessa, deve tenersi presente, al fine di esaminare le proposte di significato disponibili e ponderare la futura selezione. Memoria, dunque, non è un ritorno al passato, perché essa opera sempre al presente. Semmai, memoria costruisce il passato raccordando differenti stati del sistema rilevanti per l'osservazione successiva. In questo senso, la memoria del sistema non è la previsione di fatti passati ma un modo di organizzare l'accesso all'informazione.⁵⁸³ È questa organizzazione, e non quello che realmente è successo nel passato, che decide le scelte future.

⁵⁷⁹ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997; tr. spagnola di Javier Torres Nafarrate, *La sociedad de la sociedad*, Herder, Messico, 2007, p. 457: “Qui non si deve parlare di memoria nel senso di un possibile ritorno al passato e neppure nel senso di un deposito di dati o informazioni a cui si possa ricorrere quando sorge la domanda. Più precisamente si tratta di una funzione che si utilizza in modo incessante – sebbene sempre nel presente – che verifica la consistenza di tutte le operazioni che si producono in vista di ciò che il sistema costruisce come realtà. Nel nostro ambito tematico, queste operazioni sono comunicazioni – e non cambi di stato neurobiologici del cervello e neppure di ciò di cui una coscienza particolare diviene cosciente. Per questo, la funzione della memoria consiste nel garantire i limiti delle possibili prove di consistenza e nel liberare la capacità di processare informazione affinché il sistema si apra a nuove irritazioni. La funzione principale della memoria risiede, pertanto, nel dimenticare, nell'evitare che il sistema si blocchi su sé stesso a causa di una coagulazione dei risultati delle osservazioni anteriori.”

⁵⁸⁰ Così Raffaele De Giorgi, *Memoria del diritto*, in R. De Giorgi, *Temi di filosofia del diritto*, Pensa MultiMedia, Lecce, 2006, pp.155-162.

⁵⁸¹ Ivi, p. 156.

⁵⁸² Così Niklas Luhmann, *La sociedad de la sociedad*, op. cit. p. 461.

⁵⁸³ Cfr. Niklas Luhmann, *Il diritto della società*, op. cit., p. 104.

Alla luce di questi contributi, che procedono entrambi dalla teoria sistemica, intendo la comunicazione come il momento di apertura cognitiva che anima la fase istruttoria del giudizio e la memoria come il momento di chiusura operativa che porta alla decisione. Mentre la comunicazione introduce nella ricostruzione del caso sufficiente varietà e assicura alla *story* del giudice un vantaggio quantitativo, la memoria, invece, vincola la narrazione decisiva al diritto vigente e le conferisce così un vantaggio qualitativo. La mancata combinazione di questi due ingredienti o uno squilibrio nel loro dosaggio mette in discussione l'autorità di ciò che Calvo ha definito la *grande narrativa del diritto*.⁵⁸⁴ Difatti, un diritto che non comunica né ha sufficiente memoria per decidere in modo consistente, si converte facilmente in una realtà 'kafkiana', dove l'accusato non arriva mai a conoscere la propria colpa e l'accesso alla Legge – ovvero alla memoria del sistema giuridico – è sempre differito. La disinformazione e l'incertezza, che fanno seguito a questa realtà, producono nella società un sentimento di sfiducia nei confronti del diritto che, nel corso del tempo, riaccende la fiamma della violenza: da un lato, i cittadini attaccheranno il diritto per la sua impenetrabilità ed imprevedibilità; dall'altro, il sistema giuridico, sentendosi attaccato, si difenderà con tutti i mezzi a sua disposizione, violenza inclusa. È chiaro che, in questo stato di irritabilità reciproca, sarà difficile scommettere sulla differenza tra il diritto e la violenza, dato che qui il ricorso alla forza rappresenterà la regola e la legge resterà sospesa sino ad una nuova epifania.

⁵⁸⁴ José Calvo González, *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, op. cit., p. 43.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Conclusioni

Intorno alla genealogia del discorso moderno su diritto e violenza – che ho qui proposto con l'obiettivo non solo di dimostrare che sia possibile intraprendere un processo di differenziazione del diritto moderno dalla violenza, senza occultare la loro co-implicazione originaria, ma di far vedere anche come un pensiero della differenza, nell'ambito della filosofia del diritto, si renda possibile nell'istante in cui si cessa di interpretare il paradosso, che fonda e conserva il diritto moderno, come un ostacolo o un problema e lo si tratta, invece, come una risorsa, una spinta creativa per la costruzioni di confini e differenze che assicurano la convivenza regolata e sostenibile del diritto e della violenza – si accumulano riflessioni interessanti sul piano teorico giuridico che possono essere così schematizzate e trattate:

- Lo sguardo genealogico, a cui il giurista odierno si sta abituando sotto la spinta degli studi foucaultiani, aiuta ad osservare i concetti, gli istituti e le teorie giuridiche in modo tridimensionale, esercitando la vista alla profondità di campo oltre che all'estensione di superficie. Ciò implica un'aggravio del lavoro di analisi, con conseguente dilatazione dei tempi di elaborazione della stessa, a vantaggio però di una ricchezza e di una complessità di materiale estranea alle analisi storiche tradizionali.

- Con stretto riguardo al tema oggetto di questa monografia – il paradosso che fonda la relazione moderna tra il diritto e la violenza –, la prospettiva genealogica permette di rintracciare ed organizzare gli ordini del discorso che nella modernità sono stati formulati intorno al problema dell'origine del diritto moderno (il discorso delle letterature, il discorso della critica, il discorso della legittimazione, il discorso della differenza), rendendo visibili i cambi, le distorsioni, le deviazioni, i tagli e le riscritture che ciascuno di essi compie su un oggetto, che pur essendo unico, assume distinte connotazioni di ordine in ordine.

- L'analisi dei contenuti e della struttura dei distinti ordini del discorso sovramenzionati consente, da un lato, di vedere cosa ciascuno di essi ricorda e come lo ricorda, e, dall'altro, di stabilire una dipendenza di quelli che abbiamo definito gli ordini del discorso sulla provenienza dal discorso letterario – dipendenza dettata da ragioni strutturali, ovvero dall'utilizzo da parte della letteratura di un linguaggio metaforico allusivo originario che permette di

aggreire il momento dell'emersione del diritto moderno nella sua pienezza e duplicità.

– Confrontando le posizioni assunte dai discorsi sulla provenienza dell'ordine giuridico moderno rispetto al discorso sull'emersione, è possibile vedere come, mentre i discorsi della critica e della legittimazione, affermando la discendenza del diritto rispettivamente dalla violenza assoluta e dall'estrema purezza, negano la possibilità di un diritto doppio e rifiutano, dunque, la memoria del paradosso, il discorso della differenza assume, invece, una posizione di compromesso che non esclude la possibilità di un dialogo con il discorso sull'emersione.

– Potenziando questo dialogo si può, da un lato, riconoscere il ruolo attivo del paradosso nella creazione di quella che Derrida ha chiamato *forza di différance* e, dall'altro, individuare gli strumenti – come la comunicazione, la memoria e la narrazione – attraverso cui tale forza opera in concreto nell'universo giuridico, rendendo possibile un progressivo processo di differenziazione del diritto moderno dalla violenza.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Riassunto in spagnolo

Sumario

1. El derecho moderno observado en su interacción con la violencia – 2. Qué es una “verdadera” paradoja – 3. Sobre la paradoja irresoluble que estructura la relación moderna entre el derecho y la violencia – 4. Para una genealogía del discurso moderno sobre derecho y violencia – 4.1. Premisa – 4.2 El discurso de la literatura – 4.3 El discurso de la crítica – 4.4 El discurso de la legitimación – 4.5 El discurso de la diferencia – 5. Comunicación, memoria y narración, o cómo ganar la apuesta de la diferencia

1. El derecho moderno observado en su interacción con la violencia

De la relación moderna entre el derecho y la violencia sólo conocemos lo que han dicho los cuatro órdenes del discurso que la han asumido como objeto: la *literatura*, la *crítica*, la *legitimación* y la *diferencia*.⁵⁸⁵ Por tanto, ocuparse de este tema requiere una relectura de las orientaciones y los textos en los cuales nació,

⁵⁸⁵ La subdivisión y clasificación del debate científico sobre derecho y violencia en cuatro distintos órdenes del discurso se debe, en parte, a la propuesta hecha por Menke en *Law and Violence* (cfr. Christoph Menke, *Law and Violence*, en *Law & Literature*, vol. 22, n. 1, University of California Press, Spring 2010, pp.1-17). En el texto mencionado, el autor mantiene que los discursos de la legitimación y aquéllos de la crítica, en los que se dividiría todo el pensamiento filosófico desde los tiempos de los sofistas, no constituyen un buen punto de salida para la comprensión del problema, dado que su tendencia a afirmar una verdad única les impide analizar correctamente la paradoja que está en la base de la relación entre el derecho y la violencia. Según Menke, para los fines de una buena comprensión de la cuestión, se debería empezar por la tragedia, porque ésta, incluso antes de la filosofía, hace salir al candelero los aspectos paradójicos del tema que, aquí, nos ocupa y los mantiene en vida.

Discrepo de las posiciones del filósofo y literato alemán por distintas razones. En primer lugar, creo que su reconstrucción peca de una generalización excesiva. La co-implicación entre el derecho y la violencia no es originaria. Se produce en la época moderna, cuando el derecho, sometido a codificación y administrado en las salas de los juzgados, se presenta expresamente como una técnica de racionalización de la violencia. Es decir, que nace en un contexto histórico determinado y llega a ser el objeto de distintos órdenes del discurso, aquí indicados como el orden de la literatura, el orden de la crítica, el orden de la legitimación y el orden de la diferencia.

En segundo lugar, la idea según la cual sería necesario empezar por la tragedia para comprender la conexión que liga el derecho a la violencia resiente inevitablemente de la presunta originariedad del objeto que trata. De hecho, si Menke hubiera insertado, como aquí se intenta hacer, el tema del derecho y la violencia dentro de coordenadas temporales precisas, la tragedia ya no habría parecido un instrumento válido para la comprensión del tema en examen. En cambio, en su lugar, habrían subentrado las novelas y los relatos de la modernidad, que han insistido con fuerza sobre el juego enredado del derecho y la violencia. Me refiero, más en concreto, a las obras literarias que aquí se toman en examen, *El proceso* de Kafka y *Bartleby* de Melville, clásicos de la literatura, que, en los umbrales del siglo veinte, hicieron del problema del derecho y de la violencia un lugar literario, una cuestión de compromiso civil y una oportunidad de sensibilización de la opinión pública.

porque les compete a éstos la introducción en el debate científico de un método y una clave de lectura con los cuales conducir el análisis de una relación en sustancia “desentendida”.

La palabra *desentendimiento* no viene a indicar aquí un conocimiento falso o parcial, sino, como explica Resta, “un conocimiento, una observación que se sustrae a sí misma, en algunos aspectos, escondida e imposible”;⁵⁸⁶ o, más en concreto, un conocimiento que se escapa de la propia pretensión cognoscitiva, a causa de la ambigüedad que caracteriza el objeto sobre el cual insiste.

De hecho, la conexión que estructura la relación moderna entre el derecho y la violencia (que es, además, el objeto sobre el cual los susodichos órdenes del discurso plantean sus pretensiones cognoscitivas) es una contradicción; y no una contradicción cualquiera, sino una antinomia irreducible o lo que D’Agostini llama “verdadera” paradoja.⁵⁸⁷

Ya Cover, antes de Resta y otros, había destacado la posición ambigua asumida por el derecho moderno sobre la violencia, recordándonos que si, por una parte, es cierto que el monopolio estatal sobre el uso legítimo de la fuerza sirve para mantener “*our reality apart from our visions and rescues us from the eschatology that is the collision in this material social world of the constructions of our minds*”,⁵⁸⁸ por otra parte, es igualmente cierto que la violencia, de la cual el derecho moderno nos protege, también es la misma con la cual éste último nos obliga a aceptar dicha protección, dado que “*in the world of the modern nation-state (...) the social organization of legal precept has approximated the imperial ideal type*”.⁵⁸⁹

Sin embargo, es Menke que define con extrema claridad lo paradójico del objeto que tratamos aquí, en su *Law and Violence*, donde se lee:

⁵⁸⁶ Eligio Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 2007, p. 11

⁵⁸⁷ Cfr. Franca D’Agostini, *Paradossi*, Carocci, Roma, 2014 [2009], p. 186: “I veri paradossi sono i casi in cui la C [N.d.A. la contraddizione] è (o risulta essere) effettivamente irriducibile.”

⁵⁸⁸ Así Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, en *Harvard Law Review*, 1983, p. 10.

⁵⁸⁹ *Ivi*, p. 16. El “modelo imperial”, del que habla Cover, hace referencia a una organización social pluralista y, al mismo tiempo, jerárquica, donde los distintos órdenes normativos (*nomoi*), que la constituyen y producen la Babel de significados a través de la cual cada uno orienta sus acciones, conviven, pero con grados distintos de autonomía jurídica y cultural, dado que, para que “justicia, verdad y paz” estén garantizadas, es necesario que sólo a un *nomos* — el jurídico —, le corresponda la llamada “narración de autoridad” (Cfr. Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, op. cit., pp. 13-17).

Every attempt at defining the relationship between law and violence must start with two tensely related, if not blatantly contradictory, premises. The first states: Law is the opposite of violence; legal forms of decision-making are introduced to interrupt the endless sequence of violence and counterviolence and counter-counterviolence, so as to exorcise the spell of violence generating more violence. The second premise states: Law is itself a kind of violence; even legal forms of decision-making exert violence — external violence that attacks physically, as well as inner violence that hurts the convict's soul, his being. "Legal interpretation takes place in a field of pain and death. . . . A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life." In these two statements, the law's hostility toward violence and its own violent character confront each other: law's claim to put an end to the "savage violence" of the state of nature of "externally lawless freedom" and the violence by means of which law enforces this claim. The problem of law and violence is the problem of the relation between these two statements. This problem is a paradox, a confusion of thought (and of passions). It is a problem that we cannot solve in favor of either side: both statements contradict each other, but both are true—neither can be denied. Thus, accepting the truth of both statements is the first step toward doing justice to the problem of law and violence.⁵⁹⁰

Por tanto, el problema del derecho y la violencia es, según Menke (que cita un pasaje de *Violence and the Word*, de Cover, como argumento para apoyar su propia tesis), “*a paradox, a confusion of thought (and of passions)*”,⁵⁹¹ que obliga a los que quieran enfrentarse al estudio de la cuestión a convivir con las dificultades epistemológicas que éste comporta o a desmentirlas, tratando la aporía como una falsa paradoja y procediendo a su disolución o reducción.⁵⁹²

Veremos que de los cuatro órdenes del discurso, que se han formado en la modernidad alrededor del tema del derecho y la violencia, dos (el discurso de la literatura y aquél de la diferencia) siguen el primer camino, intentando, respectivamente, la construcción de una memoria de la paradoja y de la diferencia que ésta última genera, mientras que los otros dos (el discurso de la crítica y aquél de la legitimación) optan por una desmitificación de la paradoja, generando, respectivamente, una crítica destructiva del derecho moderno y una visión excesivamente idealizada del mismo.

⁵⁹⁰ Christoph Menke, *Law and Violence*, op. cit., pp. 1, 2.

⁵⁹¹ *Ivi*, p. 1.

⁵⁹² Sobre la “disolución” y la “reducción” como estrategias para la neutralización de las paradojas, véase Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., pp. 33-37.

2. Qué es una “verdadera” paradoja

El término “paradoja” indica, en un sentido genérico, una tesis, una opinión o una teoría contraria a la *doxa* (la opinión común o los principios generales de una ciencia).⁵⁹³ En la literatura especializada, en cambio, el término puede asumir otros dos significados que, aunque no contrastan con la definición genérica, denotan un campo semántico más restringido: una paradoja es un argumento aparentemente correcto con una conclusión inaceptable; una paradoja es una pregunta con dos o más respuestas o un problema con dos o más soluciones contradictorias.⁵⁹⁴

La primera de estas definiciones técnicas es hoy la más usada y considerada canónica en la filosofía analítica.⁵⁹⁵ La encontramos en Quine,⁵⁹⁶ Mackie⁵⁹⁷ y Sainsbury,⁵⁹⁸ aun con alguna variación. La segunda, actualmente caída en desuso, ha dominado durante mucho tiempo en la filosofía tradicional (de hecho, las primeras paradojas se formulaban como preguntas que admitían respuestas contradictorias y que estaban destinadas a poner en dificultad al interlocutor al que se dirigían; un testimonio de esto lo encontramos en *Vite dei filosofi* (II, 10, 108), donde Diógenes Laercio narra que Ebulides, exponente de la escuela de los Megáricos, creó los argumentos dialécticos conocidos como “el mentiroso”, “el velado”, “el calvo” y “el cúmulo”, presentándolos precisamente en forma de pregunta).⁵⁹⁹

Ambas definiciones especializadas, aunque constituyen puntos de referencia en el campo de la lógica contemporánea, han sido objeto, en la última década, de críticas y reformulaciones.⁶⁰⁰ Sorensen, por ejemplo, ha considerado la primera definición demasiado extensa, pero también demasiado restringida, dado que no

⁵⁹³ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 19.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

⁵⁹⁶ Cfr. Willard Van Orman Quine, *The Ways of Paradox and Other Essays*, Random House, New York, 1966.

⁵⁹⁷ Cfr. John Leslie Mackie, *Truth, Probability and Paradox. Studies in Philosophical Logic*, Clarendon Press, Oxford, 1973.

⁵⁹⁸ Cfr. Richard M. Sainsbury, *Paradoxes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

⁵⁹⁹ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 19.

⁶⁰⁰ *Ivi*, p. 20.

contempla las llamadas paradojas “de la percepción” y “de la insensatez”.⁶⁰¹ En cambio, Quine ha demostrado que a través de ella es imposible distinguir entre “paradojas falsídicas” (argumentos que parecen correctos, pero que no lo son porque contienen falacias), “paradojas verídicas” (argumentos correctos que generan una conclusión aparentemente falsa o insensata, a causa de un *déficit* epistémico temporal) y “antinomias” o “paradojas irresolubles” (argumentos correctos que generan una contradicción insoluble).⁶⁰² Beall, Priest, Armour-Garb y, más en general, la reciente literatura sobre las lógicas no clásicas se han distanciado, de forma más o menos explícita, de ambas definiciones, inspirándose en una idea nueva de paradoja, que no excluye las anteriores, sino que tiende a especificarlas, explicitando el aspecto problemático que caracteriza los fenómenos paradójicos (la presencia de una contradicción insoluble).⁶⁰³ Según esta orientación, una paradoja es un argumento, una pregunta, una opinión o una situación (es indiferente cuál sea el punto de salida) que genera una contradicción resistente.⁶⁰⁴

De las tres definiciones técnicas aquí presentadas, ésta última es la que adopto, pero sólo se trata de una elección personal y no vinculante, considerando que el debate sobre las paradojas sigue abierto y controvertido, es decir, sin una posición compartida tanto sobre el significado del término *paradoxos*, como, más en general, en relación con los criterios de clasificación de las paradojas.⁶⁰⁵

La razón por la cual la elijo tiene que ver con su elevado grado de especificidad. De hecho, contrariamente a las otras dos definiciones, ésta circunscribe los fenómenos paradójicos a aquellas situaciones que generan una contradicción insoluble, por la cual no existen estrategias de neutralización y ante la cual es preciso interrogarse sobre la postura que hay que adoptar al respecto, es decir, sobre cómo enfrentarse a un aparente problema sin soluciones.

⁶⁰¹ Cfr. Roy A. Sorensen, *A Brief History of the Paradox*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 100.

⁶⁰² Cfr. Willard Van Orman Quine, *I modi del paradosso e altri saggi*, op. cit., pp. 75-91.

⁶⁰³ Cfr. J. C. Beall, *Liars and Heaps*, Clarendon Press, Oxford, 2003; Graham Priest, J. C. Beall, Bradley P. Armour-Garb, *The Law of Non-Contradiction*, Clarendon Press, Oxford, 2004; J. C. Beall, Bradley P. Armour-Garb, *Deflationism and Paradox*, Clarendon Press, Oxford, 2005; Francesco Berto, *Teorie dell'assurdo. I rivali del principio di non-contraddizione*, Carocci, Roma, 2006; J. C. Beall, *Revenge of the Liar*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁶⁰⁴ Cfr. Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 21.

⁶⁰⁵ *Ivi*, pp. 19-25.

En este sentido, una “verdadera” paradoja es aquélla que contiene una contradicción que no se puede eliminar y que persistiendo como tal, a pesar de las pretensiones resolutorias de la lógica clásica, pone en crisis la idea según la cual una paradoja es, como escribía Tarski “el síntoma de una enfermedad”.⁶⁰⁶ Si realmente se tratara de una enfermedad, sería posible encontrar una terapia. Y si realmente nos encontráramos en presencia de un problema, no tardaríamos en hallar soluciones. En cambio, es precisamente esta ausencia de remedios para la paradoja que nos obliga a cambiar de actitud hacia ella, dejar de percibirla como un fenómeno catastrófico que decreta el fin de cada programa de racionalidad y considerarla más bien un antídoto contra el dogmatismo, la racionalidad ciega que no quiere escuchar otras razones aparte de la propia.

3. Sobre la paradoja irresoluble que estructura la relación moderna entre el derecho y la violencia

Hemos dicho que es Menke que indica, de forma explícita, la naturaleza paradójica de la relación que existe entre el derecho y la violencia, sosteniendo que el nexo de dicha relación no es otro que una contradicción insoluble, generada por dos premisas que pueden considerarse ambas verdaderas. La primera dice que el derecho es lo opuesto a la violencia, dado que las formas jurídicas del proceso decisorio se introducen para interrumpir la secuencia infinita de la violencia, la contra-violencia y la contra-contra-violencia. La segunda afirma que el derecho mismo es una forma de violencia, considerando que su aplicación implica el ejercicio de la violencia, tanto en un sentido material, infligiendo penas y sufrimientos físicos, como en un sentido inmaterial, torturando el alma del detenido.⁶⁰⁷

Sin embargo, aunque esta tesis tiene el mérito de declarar, con valor, la paradoja sobre la cual se funda el binomio derecho/violencia, hay algo en su formulación que, a un análisis más atento, parece no funcionar, un error que vicia

⁶⁰⁶ Alfred Tarski, *Truth and Proof*, in *Scientific American*, 220, Jun. 1969, p. 63.

⁶⁰⁷ Cfr. Christoph Menke, *Law and Violence*, op. cit., pp. 1, 2.

todo el razonamiento y que, si se detecta, convierte la que Menke considera una contradicción insoluble, es decir, una “verdadera” paradoja, en una contradicción sólo aparente.

Para sacar a luz el equívoco que invalida dicha reflexión, es necesario averiguar la procedencia de las premisas de las cuales ésta parte e intentar comprender si éstas últimas, así como las formula Menke, reflejan fielmente los textos de los cuales derivan o son más bien una reelaboración mal lograda.

Sabemos, dado que es el mismo autor a declararlo, que la segunda premisa (aquella según la cual el derecho es una forma de violencia) remite a la teoría expuesta por Cover, en *Violence and the Word*, y sabemos también que se trata de una referencia fiel, porque Menke se preocupa por citar textualmente la obra de Cover a la cual recurre para construir una parte de su razonamiento. En cambio, lo que ignoramos es la fuente de la primera premisa (aquella en base a la cual el derecho sería lo opuesto a la violencia). De hecho, a este respecto Menke no proporciona ninguna información. Tampoco introduce una nota para orientar al lector, ni cita a ningún autor para declarar expresamente la referencia que utiliza al fin de la formulación del primer postulado. Sin embargo, a pesar de su silencio, intencional o accidental, intentar remontarse a la fuente de dicha premisa no es una hazaña imposible, dado que ésta parece hacerse eco de la teoría girardiana de la violencia y los rituales de exorcismo de la misma.

Para darse cuenta de esta fuerte afinidad entre el pensamiento de Menke y aquél de Girard, es suficiente leer un pasaje de *La violenza e il sacro*, donde el filósofo francés, utilizando conceptos que luego retomará Menke, cuenta la sustitución, que ha ocurrido en la época moderna, del rito del sacrificio con aquél del proceso decisorio, a fin de sufocar, de forma más eficaz, la secuencia infinita de la venganza:

(...) il sistema giudiziario *razionalizza* la vendetta, riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede; la manipola senza pericolo; ne fa una *tecnica* estremamente efficace di guarigione e, secondariamente, di prevenzione della violenza.

Questa razionalizzazione della vendetta non ha niente a che vedere con un radicarsi comunitario più diretto o più profondo; essa poggia, invece, sull'indipendenza sovrana dell'autorità giudiziaria, che ha ricevuto l'incarico una volta per tutte, e di cui nessun gruppo, nemmeno la collettività unanime, in teoria perlomeno, può rimettere in discussione le decisioni. Non rappresentando nessun gruppo particolare,

non essendo nient'altro che se stessa, l'autorità giudiziaria non dipende da nessuno in particolare, è quindi al servizio di tutti e tutti si inchinano di fronte alle sue decisioni. Solo il sistema giudiziario non esita mai a colpire in pieno la violenza, perché possiede sulla vendetta un monopolio assoluto. È grazie a tale monopolio che riesce normalmente a soffocare la vendetta, anziché esasperarla, anziché estenderla e moltiplicarla come farebbe lo stesso tipo di comportamento in una società primitiva.⁶⁰⁸

Accediendo directamente al texto de Girard, vemos que Menke no sólo se adueña tácitamente de éste, sino que incluso va más allá de aquélla que podría definirse una libre interpretación del mismo, deduciendo, de la idea según la cual el sistema judicial sirve para interrumpir la secuencia infinita de la violencia/venganza, la conclusión, ajena a Girard, de un derecho como opuesto a la violencia.

Esta tesis, que alcanza Menke y que no tiene los tonos moderados y tranquilos con los cuales la cuestión del derecho y la violencia se trata en las páginas de *La violencia e il sacro*, tiende (y éste es el vicio que la invalida) a extremar, hasta mistificar, la posición del derecho hacia la fuerza bruta, proporcionando una visión antihistórica e idealizada de la misma, difícil de aceptar.

De hecho, sostener que el derecho es lo contrario de la violencia significa no sólo alterar los datos históricos (que siempre han testimoniado el uso de la violencia, por parte del derecho, en sus distintas etapas evolutivas), sino también trasfigurar la realidad jurídica, siguiendo aquellos principios de ennoblecimiento que tienen la desventaja de dibujar un modelo de derecho ajeno o, más precisamente, deseable, pero extraño a la experiencia jurídica concreta.

Por consiguiente, la primera premisa del razonamiento de Menke, releída a la luz de la teoría girardiana, da la idea de una interpretación mal lograda de la misma o, por lo menos, en caso de que no se comprobara esta supuesta descendencia, de una invención discutible del filósofo alemán, que no encuentra argumentos a favor ni en la reflexión girardiana (a la cual se aproxima más que a otras) ni, más en general, en la literatura científica sobre el tema del derecho y la violencia.

⁶⁰⁸ René Girard, *La Violence et le sacré*, Éditions Bernard Grasset, Paris, 1972; tr. it. di Ottavio Fatica e Eva Czerkl, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 2011 [1972], p. 41.

De hecho, lo que siempre se ha dicho del derecho, observándolo en su interacción con la violencia, es que éste tiende, por lo general, a frenar las explosiones descontroladas de la *vis*, sirviéndose, como escribió Weber, de una violencia legítima,⁶⁰⁹ que se opone a la violencia del individuo y se reconoce y acepta como válida por parte de una determinada comunidad, puesto que está sujeta a reglas adoptadas por una autoridad independiente. Es decir, siempre y por partes de varios individuos se ha afirmado una tendencial disposición del derecho, suportada por el consentimiento popular, a luchar contra la violencia descontrolada, pero nunca se ha excluido una utilización, por parte del primero, de medios violentos para erradicar, o por lo menos contener, la segunda. Por tanto, si se puede afirmar, y con razón, que el derecho se opone a la violencia (al menos en principio), no se puede decir, en cambio, que éste es lo opuesto a la violencia, siendo siempre posible un uso jurídico de la fuerza, con fines represivos, preventivos o reeducativos.

De esto no hay que sacar la conclusión de una relación coherente y no problemática entre derecho y violencia, sólo por el simple hecho de que existe, o se presume que exista, una diferencia entre la violencia jurídica (aquella llamada legítima) y la del individuo. Al contrario, el argumento de la legitimidad de la primera está precisamente allí para indicar que, si hay una contradicción irresoluble en la relación entre el derecho y la violencia, ésta debe averiguarse a la luz de la fuente de dicha legitimidad y de su capacidad de justificar o no el uso jurídico de la violencia.

Puesto que cada fase evolutiva del derecho ha conocido fuentes distintas de legitimación de la violencia jurídica, para que la contradicción irresoluble de la cual habla Menke pueda realmente considerarse como tal, es preciso introducir en la reflexión sobre ésta una distinción que es ajena a la misma y que, en cambio, Girard toma en consideración: aquella entre derecho premoderno y derecho posmoderno.

Sin esta barrera temporal, es imposible evaluar la paradoja que parece fundar la relación entre el derecho y la violencia, porque, como hemos visto, la “verdad” de la misma depende de la existencia o no de una fuente que justifique la violencia

⁶⁰⁹ Cfr. Max Weber, *La política como profesión*, in M. Weber, *La ciencia como profesión. La política como profesión*; tr. it. di Helga Grünhoff, Pietro Rossi e Francesco Tuccari, Einaudi, Torino, 2004, p. 48.

jurídica y la mantenga, por tanto, distinta de aquélla a la cual el derecho se opone. Cuando esta fuente es identificable y su autoridad indiscutible (como ocurre en el caso del derecho premoderno), la presunta paradoja del derecho y de la violencia se traduce en una falacia o, como se dice más comúnmente, en una falsa paradoja.⁶¹⁰ Cuando, en cambio, dicha fuente no existe o, mejor dicho, coincide con el objeto que hay que legitimar (como ocurre en la hipótesis del derecho moderno), la paradoja es “verdadera” porque se inscribe en un razonamiento circular, hecho de una complicidad fuerte e indestructible entre violencia y derecho, es decir, donde la primera legitima el segundo, que, a su vez, legitima la primera. De hecho, en este último caso nos encontramos en presencia de una contradicción irresoluble, dado que resulta verdadera tanto la afirmación que el derecho se opone a la violencia, como aquélla que el derecho, para introducir y mantener la distinción entre violencia legítima e ilegítima, se sirve de una violencia que no tiene otra fuente de legitimación que sí misma y que, por tanto, se confunde con aquella forma de violencia que querría combatir.

Por tanto, la distinción entre derecho premoderno y derecho moderno es útil para comprobar, si así se puede decir, la resistencia de la paradoja y, sobre todo, evaluar si es posible hablar, como hace Menke, de una paradoja genérica del derecho, en su interacción con la violencia, o si, más bien, se puede y se debe hablar de una contradicción irresoluble, que se sitúa en la base del binomio derecho/violencia, sólo a partir de una determinada época histórica.

Resulta difícil pensar que, en la experiencia jurídica premoderna, el problema del derecho y la violencia pueda percibirse en los mismos términos en los que se lo considera hoy, es decir, en la forma de una “verdadera” paradoja, puesto que, en aquella época, el derecho y su violencia gozaban de una fuente de legitimación indiscutible (el derecho natural), que se presentaba como un sistema racional, coherente y universal de normas inmutables, de origen divino, llamado a intervenir todas las veces que las fuentes positivas del derecho (que dependían de instituciones distintas y en competición entre ellas, como el Imperio, la Iglesia, los príncipes y las Comunas) resultaban escasas o en conflicto.⁶¹¹ Este sistema superior e inmutable representaba un título indiscutible de legitimación de la

⁶¹⁰ Sobre las falacias como errores argumentativos ocultos, véase Franca D'Agostini, *Paradossi*, op. cit., p. 46.

⁶¹¹ Cfr. Danilo Zolo, Pietro Costa, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 350-352.

violencia jurídica, porque procedía directamente de Dios y respetarlo era, como se lee en el sacramentario gregoriano, “cosa buena y justa”.⁶¹²

Por tanto, en esta etapa evolutiva del derecho, si quisiéramos identificar, a toda costa, una contradicción irresoluble, como parece sugerir Menke, deberíamos cambiar uno de los términos de la relación paradójica, ocupándonos, por ejemplo, de la relación que existe entre la moral y la violencia y preguntándonos cuáles son los valores morales, superiores a la misma moral, que legitiman la moral que legitima el derecho positivo y su violencia. Sin embargo, está claro que una operación de este tipo nos llevaría a un callejón sin salida, obligándonos a la búsqueda infinita de una fuente de legitimación última que, en realidad, no existe, siendo la misma el resultado de una construcción del imaginario social de una época determinada.

Por consiguiente, es más razonable creer que, en la época premoderna, la fuente última de la legitimación del derecho y su violencia ha sido, por convención social, la *lex divina* y que su autoridad se ha demostrado tan fuerte como para hacer que fuera inútil ponerla en discusión.⁶¹³

En cambio, con el advenimiento de la modernidad el orden de la sociedad ha cambiado, los poderes se han fragmentado y multiplicado y el derecho, ya secularizado, ha dejado de ser la expresión de la voluntad divina para transformarse en el producto de una entidad política que ha adquirido el monopolio de la producción jurídica: el Estado.⁶¹⁴ En este nuevo escenario se han producido por una parte la debilitación de aquella corriente filosófico-jurídica llamada iusnaturalista, que consideraba el derecho como expresión de la moral, y por otra la afirmación progresiva de una concepción positivista del derecho, basada en el principio de legalidad (es decir, en la idea de que “las leyes mantienen su crédito no porque son justas”, o sea, derivan de la moral, “sino porque son leyes”⁶¹⁵, es decir, normas jurídicas adoptadas según procedimientos

⁶¹² Cfr. Jean Deshusses, *Le sacramentaire grégorien. Ses principales formes d'après les plus anciens manuscrits*, I, Editions Universitaires Fribourg Suisse, St-Paul Fribourg Suisse, 1992[1971], p. 86: “*Gratias agamus domino deo nostro./Dignum et iustum est.*”.

⁶¹³ Cfr. Octavio Paz, *El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2010 [1956], p. 224: “*En las sociedades antiguas el ejercicio del poder no entrañaba hipocresía alguna, pues sus fundamentos nunca estuvieron a discusión (...)*”.

⁶¹⁴ Cfr. Danilo Zolo, Pietro Costa, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, op. cit., pp. 352, 353.

⁶¹⁵ Michel de Montaigne, *Saggi*, a cura di Fausta Garavini, Adelphi, Milano, 1966, p. 1433.

formales válidos y que expresan la voluntad del legislador, de su programa decisorio, que interpreta y dicta la voluntad popular).

Luhmann, en *La differenziazione del diritto*, describe así esta nueva etapa evolutiva, que experimenta un cambio de paradigma en la identificación del derecho (de la justicia a la validez):

Il diritto diventa programma decisionale, diventa un combinato di proposizioni giuridiche valide, le quali, per la loro validità, possono essere applicate e possono essere controllate secondo criteri astratti di validità. Questa trasformazione si realizza gradatamente, di fatto, attraverso quel continuo lavoro che trova la sua occasione nell'attività procedurale e che può essere organizzato in relazione ai procedimenti. Il diritto si trasforma (...) in un insieme di fondamenti decisionali e regole decisionali, più o meno sistematizzati: un insieme dal quale è possibile ricavare allo stesso tempo criteri di selezione per la legalizzazione di aspettative individuali-particolari o di aspettative di tipo nuovo. La vecchia distinzione fondamentale, ancora concreta e realistica, tra comportamento permesso (buono) e comportamento proibito (cattivo) viene riformulata attraverso la distinzione tra prescrizioni valide e prescrizioni non valide.⁶¹⁶

Por tanto, a partir de la modernidad se realiza la que solemos llamar la separación entre el derecho y la moral, promovida por las doctrinas de Hobbes, Pufendorf y Thomasius y que llegó a maduración con la Ilustración jurídica francesa e italiana y las doctrinas abiertamente iuspositivistas de Jeremy Bentham y John Austin.⁶¹⁷ La sigue, como repercusión inevitable, la pérdida, por parte del derecho y de su violencia, de la antigua fuente de legitimación (la ley divina). Ahora, el derecho ya no depende de un sistema superior, sino sólo de sí mismo; se ha cerrado operativamente, dice Luhmann, es decir, ha aprendido a producirse a sí mismo a partir de sí mismo, adoptando decisiones que son, al mismo tiempo, premisas para su funcionamiento y resultados de sus acciones.⁶¹⁸

Para que esta reorganización de la experiencia jurídica no se traduzca en una pérdida de credibilidad por parte del derecho, ya desprovisto de la coerción que antaño derivaba del derecho natural, el Estado ha asumido, continúa Luhmann, el

⁶¹⁶ Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, tr. it. di Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 44, 45.

⁶¹⁷ Cfr. Danilo Zolo, Pietro Costa, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, op. cit., p. 353.

⁶¹⁸ Cfr. Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, op. cit., pp. 103-146.

monopolio sobre el empleo de la fuerza física, del cual el derecho se beneficia.⁶¹⁹ Sin el auxilio del aparato coercitivo estatal, las decisiones jurídicas “no serían nada más que juicios de una *cour d'amour*”, cantos destinados a apagarse en el vacío.”⁶²⁰

Sin embargo, esta disponibilidad de la fuerza soberana, que el Estado concede al sistema jurídico, no existe sin una contrapartida. Para poder beneficiarse de la coerción estatal, el derecho debe producir decisiones jurídicas encaminadas a garantizar el control de la misma, cierta previsibilidad en su uso, para hacerla distinta de la violencia del individuo y respaldar la hazaña del Estado, que es crear una violencia legítima, condicionada al respecto de procedimientos preestablecidos.

Sin embargo, si el derecho moderno se funda en la violencia soberana y, al mismo tiempo, debe legitimar esta violencia, porque, a falta de dicha legitimación, tanto el poder estatal como el jurídico dejarían de existir, es evidente que nos encontramos ante una paradoja insoluble, que genera un razonamiento circular y sin escapatoria, donde la violencia, supuestamente legítima, funda el derecho que debería legitimarla.

De este carácter paradójico insoluble está hecho el derecho moderno, un carácter paradójico que sin embargo, como veremos, en resumidas cuentas no es tan trágico como querría hacernos creer Menke.

4. Para una genealogía del discurso moderno sobre derecho y violencia

4.1. Premisa

En la genealogía del discurso moderno sobre derecho y violencia (que aquí intentamos reconstruir de forma sistemática, pero sin pretensiones de exhaustividad), la literatura sobre el tema desempeña el papel de progenitora.

Esta posición privilegiada depende del especial estatuto epistemológico que la regula, el cual, previendo un conocimiento directo de las cosas (es decir, no

⁶¹⁹ *Ivi*, pp. 147-151.

⁶²⁰ *Ivi*, pp. 162, 163.

mediado por ningún apriorismo o sistema convencional previo) e implicando la invención de un lenguaje, anterior a cualquier otro, para expresar dicho conocimiento, convierte la experiencia literaria en la progenitora de cualquier otra forma de conocimiento teórico.⁶²¹

Con esto quiero decir dos cosas: una más genérica, que concierne al discurso literario en sentido amplio, y una específica, que sólo atañe a la literatura que tiene como objeto la relación entre el derecho y la violencia.

La primera es que el discurso literario se expresa a través de un lenguaje metafórico, que, en cuanto antecedente a otras formas del lenguaje (como, por ejemplo, el lenguaje ordinario) y organizado según una secuencia de imágenes que emparejan realidades opuestas, distintas o ajenas entre ellas,⁶²² produce una “cosmovisión” o “verdad visible”⁶²³ del mundo, para usar una expresión melvilliana, a través de la cual podemos entender lo que va más allá de nuestra potencia conceptual, entrar en contacto mental con lo que es remoto y difícil de comprender, con lo que cuesta, como escribe Ortega,⁶²⁴ no sólo nombrar, sino también pensar. En sustancia, por su relación inmediata con las cosas y su visión unificadora, el conocimiento estético logra superar las barreras del conocimiento teórico, es decir, inventar mundos todavía impensados, que sólo después de

⁶²¹ En este sentido, véase Jean-Jacques Rousseau, *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, Texte établi et présenté par Jean Starobinski, Gallimard, Paris, 2012 [1990], p. 68: “Comme les premiers motifs qui firent parler l'homme furent des passions, ses premières expressions furent des Tropes. Le langage figuré fut le premier à naître, le sens propre fut trouvé le dernier. On n'appella les choses de leur vrai nom que quand on les vit sous leur véritable forme. D'abord on ne parla qu'en poésie; on ne s'avisa de raisonner que longtemps après.”. Véase también Gregory Bateson (*Verso un'ecologia della mente*, tr. it. di Giuseppe Longo e di Giuseppe Trautteur, Adelphi, 2005 [1977], p. 184) que, en un estudio sobre la construcción de las informaciones en las sociedades primitivas, habla de la poesía (y del arte, en general) como instrumentos para sondear lo desconocido, en búsqueda de una verdad más amplia, que la conciencia distorsiona, siendo por necesidad selectiva y parcial; Octavio Paz (*El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, op. cit., p. 154) según el cual la experiencia poética es una vía de acceso al origen, donde por “origen” debe entenderse el momento creativo del ser: “La experiencia poética es una revelación de nuestra condición original. Y esa revelación se resuelve siempre en una creación: la de nosotros mismos. La revelación no descubre algo externo, que estaba ahí, ajeno, sino que el acto de descubrir entraña la creación de lo que va a ser descubierto: nuestro propio ser. Y en este sentido sí puede decirse, si temor a incurrir en contradicción, que el poeta crea al ser.”.

⁶²² Cfr. Octavio Paz, *El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, op. cit., p. 98.

⁶²³ Herman Melville, *Correspondence*, in Lynn Horth (ed.), *The Writings of Herman Melville: Correspondence*, vol. XIV, The Northwestern-Newberry Edition, Evanston and Chicago, 1993, p. 186.

⁶²⁴ Cfr. José Ortega y Gasset, *Las dos grandes metáforas*, in J. Ortega y Gasset, *El espectador*, vol. IV, Austral, Madrid, 1966, p. 204.

adquirir una forma en el discurso literario llegan a ser primero objetos del pensamiento y después temas de la reflexión teórica.⁶²⁵

La segunda cosa (que circunscribe lo dicho a la literatura sobre derecho y violencia, por lo general, por lo que atañe al discurso literario) es que algunos productos de la literatura, como “El proceso” de Kafka y el “Bartleby” de Melville, tienen el mérito de introducir en el imaginario social una primera visión de la paradoja en la cual se funda el derecho moderno, a la cual se enfrentarán, más tarde, el discurso de la crítica, aquél de la legitimación y aquél de la diferencia.

4.2. El discurso de la literatura

Incluso antes de que en el debate científico se empezara a hablar de la existencia de una contradicción en la base de la relación moderna entre el derecho y la violencia, en el ámbito de la literatura, Kafka y Melville ya habían producido las primeras representaciones figuradas de esta contradicción.⁶²⁶ De hecho, “El proceso”, “En la colonia penitenciaria”, “La cuestión de las leyes”, “Moby Dick”, “Billy Budd” y “Bartleby”, si se interpretan desde una perspectiva jurídica, no son otra cosa que imágenes de la relación antinómica que se instaura en la modernidad entre el derecho y la violencia.

Sin embargo, de esta amplia producción literaria de inspiración jurídica sólo dos obras parecen citarse recíprocamente y organizar un verdadero discurso sobre la paradoja del derecho moderno: “El proceso” de Kafka, que, poniendo en escena un juicio conducido según reglas secretas y destinado a concluirse con una condena a muerte (infligida por una ley incognoscible y siempre futura), se presenta como metáfora de la violencia sin rostro que funda el derecho moderno;

⁶²⁵ En este sentido, véase Octavio Paz (*El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, op. cit., p. 186) según el cual la palabra poética es “*el acto original con el que principia toda historia social o individual; expresión de una sociedad y, simultáneamente, fundamento de esa sociedad, condición de su existencia*”.

⁶²⁶ Por tanto, no hay que excluir la posibilidad de que fueran precisamente las intuiciones de estos dos escritores que estimularon y estructuraron la reflexión científica alrededor del tema de la coimplicación entre el derecho y la violencia en la modernidad. Sobre todo, esto no hay que descartarlo, no a causa de una mera circunstancia temporal, que sitúa los textos de Kafka e Melville en un momento anterior a la apertura del debate teórico sobre derecho y violencia, sino en virtud de la atención y las referencias expresas que autores como Benjamin, Schmitt e Derrida (sólo para citar algunos) dedican a dichas obras literarias, en el intento de profundizar los aspectos paradójicos del derecho moderno (especialmente aquél de su interacción con la violencia).

y el “Bartleby” de Melville que, contando la historia de un escribano que tiende a no cumplir las órdenes impartidas por la ley y que es castigado por esta obstinación a preferir no ser gobernado por el aparato jurídico, ofrece una metáfora de la violencia a través de la cual se conserva el derecho moderno.

Sobre la exigencia de leer estas dos obras al mismo tiempo y, sobre todo, desde una perspectiva cronológica invertida (que va de Kafka a Melville) se han expresado distintos autores, de cuyo pensamiento nos ocuparemos de forma más analítica en el capítulo tercero, siendo necesario aclarar, aquí, en qué sentido es posible hallar en estas narraciones la memoria de la paradoja del derecho moderno (una memoria a la cual los otros órdenes del discurso harán referencia, o para negarla, o para construir otra que, sin mistificar la primera, se someterá a ella, para hacer posible y civil la convivencia entre el derecho y la violencia).

En el párrafo anterior me he limitado a decir que existe una contradicción irresoluble en la base de la relación moderna entre el derecho y la violencia, sin indicar en qué aspectos de la vida jurídica ésta se produce. Ahora, con el auxilio de los textos de Kafka y Melville, querría hacer exactamente esto, mostrar que lo que se define “verdadera” paradoja se produce en dos momentos distintos de la experiencia jurídica: aquél del origen y aquél de la conservación.

Como escribió Ruiz, en *“La paradojalidad del derecho y el lugar del juez”*, “El proceso” de Kafka es una extraordinaria síntesis del momento fundante del derecho moderno:

(...) una búsqueda de la genealogía del poder – genealogía en el sentido nietzscheano de la palabra – en el mundo del derecho conduce a la violencia. El estado moderno monopolizó el legítimo ejercicio de esa violencia, a la que el derecho alude como actos de fuerza. Pero siempre detrás de las múltiples formas en que el poder se manifiesta está la violencia desnuda, que el derecho disfraza. Esa violencia es determinante del poder, aunque no se actualice de manera permanente en su ejercicio, y esa relación inescindible entre derecho y violencia solo está preservada mientras no se la exhiba permanentemente. La ejecución de K. en manos del verdugo es violencia a cara descubierta, aunque disimulada bajo la forma de la aplicación legítima del castigo, que ocurre en un momento y en un tiempo determinados. En el derecho moderno la muerte juega sus propios simbolismos. Es el último síntoma del poder que el discurso mantiene oculto. La muerte de K.

expresa el carácter de un sacrificio absurdo, sin sentido, salvo que se lo interprete como una suprema afirmación de que la institución siempre se impone.⁶²⁷

Por tanto, la historia de K. es la historia de una institución (el ordenamiento jurídico moderno) que se impone de forma ambigua, profesando la venida de una ley que pondrá fin a la violencia indiscriminada, pero que para llegar, para concretar su promesa, no puede evitar recurrir a la misma cruda violencia a la que se opone.

En este sentido, el origen del cual nos habla el proceso kafkiano es el primer momento de la vida jurídica moderna en el que el derecho produce una realidad paradójica, donde el rechazo de la violencia descontrolada coincide con su ritualización para un fin benéfico. Es decir, la violencia se presenta en el momento fundante, como veneno y antídoto, mal y terapia, problema y solución, oscilando de un polo al otro de la distinción, como el *pharmakon* platónico.⁶²⁸

Aunque algunos autores han querido ver en “El proceso” una crítica por parte de su autor hacia el derecho,⁶²⁹ en la historia de Josef K. sólo existen imágenes confundidas de la burocracia jurídica, cuyos representantes son tanto seres inmorales como hombres de ley; funcionarios corruptos, pero también empleados con un fuerte sentido del deber. Ni siquiera en la escena final, que cierra la novela con la imagen de un K. resignado, acomodado contra una peña, a la espera de la ejecución de su condena a muerte, Kafka deja entrever un juicio negativo sobre la máquina burocrática activada por el proceso (que es el proceso de fundación del derecho moderno): es verdad que la cantera de piedra donde K. es matado está desierta y abandonada, pero alrededor de ella está también “*der Mondschein mit seiner Natürlichkeit und Ruhe, die keinem anderen Licht gegeben ist*”.⁶³⁰

Por lo tanto, en la reflexión de Kafka el juicio sobre el derecho no es propiamente un juicio. Se trata más bien de una mirada suspendida, parada en una

⁶²⁷ Così Alicia E. C. Ruiz, *La paradojalidad del derecho y el lugar del juez*, in Alicia E. C. Ruiz, Jorge E. Douglas Price, Carlos María Cárcova (a cura di), *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 205.

⁶²⁸ Sobre la doblez del concepto platónico de *pharmakon*, véase Jacques Derrida, *La pharmacie de Platon*, in *La dissémination*, Seuil, Paris, 1972, tr. it. di Rodolfo Balzarotti, La farmacia di Platone, Jaca Book, Milano, 2015 [1985], pp. 86- 109.

⁶²⁹ En este sentido, véase especialmente el estudio de Francesco Silvio Gentile (*Kafka, processo alla giustizia*, Elcam, Salerno, 1970, pp. 9-11), que interpreta “El proceso” como una crítica del derecho medieval.

⁶³⁰ Franz Kafka, *Der Prozeß*, in *Gesammelte Werke*, Herausgegeben von Max Brod, Fischer, Frankfurt am Main, 1958, p. 270.

encrucijada; no se acusa al aparato judicial, sino que se contemplan las fuerzas contradictorias que lo ponen en marcha: la justicia y la violencia bruta.

Así, observar el derecho con los ojos de Kafka significa no renunciar a ver, en su fundación, una fusión entre la belleza celestial y la desolación humana; una lucha intestina, y nunca terminada, entre el sueño divino de una ley futura y la pesadilla terrena de una violencia que se apoya en el origen de cada ley, también de aquélla que querría acabar con la violencia misma.

A esta imagen ambigua del derecho, a través de la cual Kafka nos inicia en el conocimiento estético de la paradoja que funda el derecho moderno, Melville añade otra, que cierra lo que hemos definido el discurso de la literatura sobre el derecho y la violencia. De ella encontramos un rastro en un cuento de 1853, cuyo protagonista, un escribano que prefiere no cumplir la ley y es condenado a la pena detentiva por esta extraña actitud, nos recuerda que “*la preferencia no tiene nada que hacer frente al verbo imperativo, ante la fuerza soberana de las órdenes*”.⁶³¹ La historia de Bartleby es, escribe Levi, la expresión de la impreferibilidad de la Ley, de su autoridad y de la violencia que la conserva.

La Ley se nos presenta a menudo como algo absoluto, como un imperativo en un solo sentido que precisamente nos impide hacer las cosas a nuestro modo. La norma nos exige un comportamiento, jamás nos da un menú de opciones. Incluso, suponemos que la Ley forma parte de un sistema coherente y cerrado, que es capaz de autoejecutarse ante el incumplimiento de los sujetos. Precisamente por eso es que la respuesta de Bartleby nos resulta irracional, porque la preferencia no tiene nada que hacer frente al verbo imperativo, ante la fuerza soberana de las órdenes del abogado. La preferencia ante la Ley deviene entonces en el hecho crucial de la historia.⁶³²

Es como si Melville nos indujera a identificarnos con la historia de Bartleby, a intentar tener, como hace él, preferencias negativas por la Ley, a ver si es posible quedar fuera de ella, es decir, si se puede elegir sustraerse a su gobierno, aun sin desconocer su autoridad. Al mismo tiempo, es como si fuéramos obligados a experimentar la locura de esta hazaña, su irrealizabilidad a causa de una violencia soberana que conserva el derecho y prevé la inclusión de todos dentro de su

⁶³¹ Así Daniel A. Levi, *La ley como opción (Acerca de Bartleby)*, en *Lecciones y Ensayos*, n. 81, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 384.

⁶³² *Ibidem*.

muralla, que es, indistintamente, un instrumento de protección y una práctica de sometimiento.

Por tanto, con “Bartleby” vemos que la misma contradicción que origina el derecho se repite en la fase de su conservación, cuando, frente a la decisión de si hacernos defender por el derecho o buscar otros aparatos a través de los cuales protegernos de la cruda violencia, reaparece la violencia bruta que está en el origen del derecho, para recordarnos que es imposible acabar con la Ley y su violencia.

Dedicaremos los capítulos segundo y tercero al análisis atento de “El proceso” y de “Bartleby”, para profundizar el complicado trabajo de construcción de una memoria de la paradoja del derecho moderno que está detrás de estos textos. Aquí, es suficiente decir que, gracias a la construcción de dicha memoria, se ha hecho posible un conocimiento teórico de la paradoja, sin el cual habría sido imposible distinguir y apostar, como se hace hoy, por la diferencia entre el derecho y la violencia.

4.3 El discurso de la crítica

Uno de los grandes intelectuales del siglo XX que se detuvo con mayor conciencia sobre la relación existente entre derecho y violencia fue Walter Benjamin. Su reflexión sobre el tema, concentrada en el escrito *Zur Kritik der Gewalt*, se desarrolló en los años 1920-1921. Se trata de una época en que los ecos de las revoluciones alemana y rusa eran aún muy fuertes y es probablemente su fuerza la que le obligó a emprender una profunda reflexión sobre la legitimidad de tal violencia que, excediendo posibles contextos de juridificación nacional, desembocó luego en las insurrecciones revolucionarias. Sabemos que en el momento de la redacción de *Zur Kritik der Gewalt* Benjamin ya se ha enfrentado a autores como Charles Péguy, Georges Sorel y Erich Unger, y, por tanto, que a través de sus voces era consciente del momento histórico que estaba viviendo.⁶³³ Al redactar su crítica probablemente actúa bajo presión de una violencia difusa, a la que era preciso poner remedio. El estallido y fracaso de la revolución de 1918,

⁶³³ Honneth, H.; *Patologie della ragione: storia e attualità della teoria critica* (2007), trad. de A. Carnevale, Lecce, PensaMultimedia, 2012, p. 130.

la urgencia de una cuestión palestina, los efectos de empobrecimiento causados por la economía capitalista son los sucesos que delimitan el escenario histórico-político en el que Benjamin escribe. No es casual, pues, que todo el ensayo sea un compendio de las principales problemáticas jurídico-políticas de su época: derecho de huelga, estado policial y guerra.

Sin embargo, desde las primeras páginas del texto se respira algo distinto a una simple disertación sobre los dilemas de la sociedad capitalista. En cada línea se percibe la necesidad –tal vez más general que personal– de trascender los eventos, de superar su materialidad y de buscar sus causas y posibles soluciones en otro lugar. En su estructura general, *Zur Kritik der Gewalt* es ante todo la historia de una inmanencia y una trascendencia que se encuentran en su último y extremo momento y que en ese instante compartido, dejando de contemplarse una a través de los ojos de la otra, confluyen en una mirada común.

Para expresar este encuentro Benjamin introduce dos pares conceptuales: de un lado, encontramos una *violencia que funda* acompañada de una *violencia que conserva*; de otro, una *violencia mítica* en oposición a una *violencia divina*. Esta dualidad conceptual, a la cual Benjamin recurre para que su crítica sea posible, nunca es sólo una diversidad que, como tal, cree y conserve dos distintas formas de violencia. Es también una identidad ilegítima, porque, en cuanto diferencia, utiliza su propio contrario para explicitarse y haciendo referencia a éste lo incorpora a una unidad que, no obstante, debería mantenerse diferenciada.⁶³⁴ Todo el discurso benjaminiano gira alrededor de algo que luego, de repente e involuntariamente, asume la forma de otra cosa. Por tanto, ¿cómo leer *Zur Kritik der Gewalt*? Sería restrictivo circunscribir el texto a los espacios angostos de los análisis de teoría política y teoría del derecho. También sería arriesgada una lectura sólo en clave filosófico-religiosa, limitada a ver en el fundamento de la

⁶³⁴ Sobre el *double blind* que estructura el discurso benjaminiano alrededor de la violencia que pone y la violencia que conserva, Derrida, J.; *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (1994), trad. de A. Barberá y P. Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 1997, 151 pp. 97: “Esas oposiciones benjaminianas, pues, me parece que más que nunca hay que deconstruirlas, se deconstruyen ellas mismas, incluso como paradigmas para la deconstrucción. Lo que estoy diciendo aquí es cualquier cosa antes que conservador y antirrevolucionario. Pues más allá de la intención explícita de Benjamin, yo propondría la interpretación según la cual la violencia misma de la fundación o de la *posición del derecho* (*rechtsetzende Gewalt*) debe implicar la violencia de la conservación (*rechtserhaltende Gewalt*) y no puede romper con ella. Forma parte de la estructura de la violencia fundadora el que apele a la repetición de sí y funde lo que debe ser conservado, conservable, prometido a la herencia y a la tradición, a la partición”.

violencia una imagen del Dios de la tradición monoteísta judeocristiana.⁶³⁵ Existen, por contra, otras múltiples claves de lectura para acceder al texto y cada una de ellas constituye un método heurístico válido: está la clave judía, que permite oponer la justa violencia divina (de origen judío) a la violencia mítica (de tradición griega); está, además, el tema del aniquilamiento del derecho y la preocupación por la tutela de los derechos humanos; y asimismo, la crisis de la democracia burguesa, liberal y parlamentaria; hallamos también el encuentro entre el lenguaje de la revolución marxista y el de la revolución mesiánica; y, por último e igualmente, el problema del origen y la experiencia del lenguaje, aunque esta última cifra de lectura ocupe un lugar sólo marginal en el discurso benjaminiano.

Considerando, por tanto, la variedad de temáticas que el autor concentra en un texto de muy relativa extensión, acaso sería preferible abstenerse tanto de lecturas unidireccionales, que destacan sólo uno de los varios temas tratados por Benjamin, como de interpretaciones exhaustivas, que pretendan proporcionar una lista completa de los asuntos planteados. Sin embargo, cada lectura tiene su punto de vista privilegiado, a partir del cual domina la obra y se deja dominar por ésta. El punto de vista procede del exterior, precede al texto y su existencia prescinde del mismo. El hecho de que, después del encuentro con la obra, aquel punto de vista, al principio genérico, se convierta más tarde en el punto de vista privilegiado del texto, sólo significa que el lector y su idea han hallado un terreno fecundo donde brotar, y no que el texto haya plasmado aquel punto de vista como si, antes del encuentro, éste nunca hubiera existido. El punto de vista permanece externo y siempre infiel a la obra. No existen interpretaciones fieles al texto, porque cada lectura empieza con una traición: la del punto de vista, que precede y falsea la voz del autor del texto.

También quien escribe ahora, en calidad de lector/traidor, se ha acercado al ensayo de Benjamin con un predeterminado punto de vista: la idea de que existe una relación muy estricta entre derecho y violencia, que puede llevar, en algunos momentos y en determinadas circunstancias, a una co-fusión entre ambos polos de la distinción. Si, como escribe Resta, el derecho es el lugar en el que se ha jugado, y se sigue jugando, la apuesta de una diferencia respecto a la violencia,⁶³⁶ un

⁶³⁵ Honneth, A.; *op. cit.*, p. 128.

⁶³⁶ Resta, E.; *op. cit.*, p. XVI.

análisis que tenga como único objetivo ver cómo se estructura esta relación no puede ser suficiente. A ella tiene necesariamente que seguir una investigación sobre las prácticas sociales a través de las cuales es posible defraudar la violencia.

L'inganno della violenza [...] consiste nel dar forza a una legge condivisa, convenzionale e artificiale sino in fondo, ma proprio per questo capace di evitare che i cittadini si riappropriino delle armi (ne cives ad arma ruant). È lo stesso inganno che i parlamenti mettono in essere quando sostituiscono le parole alle armi. Del resto, non a caso, parlamento si chiama parlamento. L'inganno allontana la violenza sostituendola: il raggiero evita il muso contro muso della battaglia vera, allontana la guerra incorporandola e neutralizzandola. [...] L'inganno è saggezza singolare di un raggiero che non nega la violenza e la rimuove lasciandola covare, ma la prende sul serio e la trasforma.⁶³⁷

Admitir que exista una relación estricta entre derecho y violencia equivale a tomar en serio el problema de la violencia y dar los primeros pasos hacia una crítica de la misma. El ensayo de Benjamin constituye una referencia imprescindible para quienquiera que decida ofrecer una contribución sobre el tema, no tanto porque se preocupa de aclarar las relaciones existentes entre derecho y violencia,⁶³⁸ sino porque concibe ésta última como algo impensable fuera del derecho, la política y la moral.⁶³⁹ En la noción benjaminiana de violencia sólo hay lugar para aquellos poderes coercitivos que afectan las relaciones éticas y, por tanto, poseen una actitud moralizadora, capaz de provocar un cambio en la sociedad. La violencia no es un fenómeno natural, una tendencia habitual del hombre a usar la fuerza física de un modo brutal o irracional. Todas las metáforas orgánicas, de las que está repleto el debate sobre el tema y que la representan como un instinto vital, la sustraen de forma irresponsable a la esfera social, haciendo que sea imposible que la sociedad misma se enfrente a ella. Para criticar la violencia y debatir sobre los instrumentos a través de los cuales se puede fortalecer su diferencia respecto del derecho, es forzoso sustraerla al dominio de las ciencias naturales (biología, etología, zoología etc.) y reconducirla al ámbito de las ciencias sociales. Ciertamente, no se puede prescindir de la obra de

⁶³⁷ *ibidem.*, p. XII.

⁶³⁸ Para una disertación sobre las relaciones entre el derecho y la violencia que adelanta el trabajo benjaminiano, Von Jhering, R.; *Der Zweck im Recht* (1877), Lipsia, Breitkopf y Härtel, 1884, v. 2; Sorel, G.; *Réflexions sur la violence*, París, Deuxième, 1910.

⁶³⁹ Honneth, A.; *op. cit.*, pp. 135 y 136.

Benjamin, a la cual hay que atribuir el mérito de haber vinculado la violencia a las relaciones éticas y haberse opuesto con vigor a cada visión de la misma sólo en clave naturalista.

Reflexionando sobre la historia del derecho, y, en particular, sobre la fundación violenta de los ordenamientos jurídicos modernos – sobrevenidos mediante revoluciones, rebeliones, guerras civiles, ocupaciones militares etc.– Benjamin aprehende que la violencia, que en un tiempo circulaba libremente en la sociedad como medio para satisfacer *directamente* las exigencias de algunos individuos o de una minoría, deja de repente de ser *terra nullius* para convertirse en monopolio del derecho moderno. ¿Qué hace necesaria o simplemente favorece tal apropiación? Distintos factores: la imprevisibilidad de la violencia; la intensidad de sus manifestaciones; la exigencia de oponerle algo que la frene. De hecho, moviéndose de forma descontrolada, como un simple medio a disposición de cualquiera, de manera ilimitada, carente de restricciones o de condiciones impuestas por algún soberano, la violencia expone la colectividad a la insostenible imprevisibilidad de su policifética expresión. Por consiguiente, es preciso intervenir, inventar alguna técnica para gobernar un aspecto social que posee un impacto material excesivo, sobrepujante, que en efecto es capaz de destruir por entero una sociedad. No se trata de eliminar la violencia, sino de controlarla, encauzarla, hacer que sea, en cierta medida, previsible. Y es en respuesta a estos requerimientos que interviene el derecho, como técnica de gobierno de lo que parece ingobernable. El derecho se apodera de toda la violencia disponible y la ejerce de forma exclusiva, con la modalidad dura de la aplicación de la ley o con la más blanda de la amenaza de las consecuencias previstas en las disposiciones normativas, o sea, las sanciones.

Esto no significa que, con la llegada del derecho moderno, la violencia deje de circular en la sociedad y confluya a un espacio circunscrito. Al contrario, sigue a disposición del individuo y de la masa, pero con variantes significativas respecto del pasado: cada recurso no autorizado a ella constituye un ejercicio ilegítimo de la misma; frente al ejercicio ilegítimo de la violencia, el individuo dispone de procedimientos institucionalizados que le permiten obtener satisfacción; para cada tipo de violencia ilegítima se prevé una sanción específica. En definitiva, aunque las acciones violentas siguen siendo impronosticables, las consecuencias jurídicas correspondientes se vuelven, en cambio, cada vez más predecibles. Sin embargo,

esta conquista en términos de gobierno/disciplina de la violencia, emblemática del largo camino y progreso de la sociedad hacia niveles de civilización cada vez más altos, se basa en un vacío teórico abismal, al cual actualmente ningún derecho concientemente se asoma.

Es cierto que, al monopolizar la violencia y reprimir cada recurso no autorizado a ella por parte del individuo o de una comunidad organizada, el derecho moderno introduce la distinción entre una violencia legítima –aquella ejercida por el sistema jurídico para fines jurídicos– y una violencia ilegítima –practicada por el individuo o por un grupo para fines naturales– y proporciona un criterio válido para juzgar la ilegitimidad de la violencia (la no juridicidad de sus fines). No obstante, sustrae apresuradamente el primer término de la distinción a una prueba de legitimidad. De hecho, ¿cómo juzgar la legitimidad de la violencia legítima? Esto es, ¿cómo calificar la violencia que, haciéndose derecho, no puede recurrir a categorías jurídicas para calificarse y, por tanto, no puede simplemente definirse como legítima para resultar efectivamente legítima? Escribe Derrida, en *Fuerza de ley*:

¿Cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo, haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni legal ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta?⁶⁴⁰

Ni la legalidad, ni la justicia, ni aun la misma legitimidad, constituyen criterios válidos para juzgar la violencia legítima. Sostener que la fuerza ejercida por el derecho es legítima porque procede de una autoridad legítima implica entrar en una tautología sin salida. Entonces, ¿cómo juzgar, cómo criticar?⁶⁴¹ Éste es el dilema del que parte Benjamin y también el lugar donde su crítica de la violencia pasa a ser crítica del derecho.

Para afrontar la paradoja a la que introduce el juego del derecho y de la violencia, el Benjamin abre con una distinción basada en el tipo de función que desarrolla la violencia. De una parte, piensa en una violencia fundadora, que tiene

⁶⁴⁰ Derrida, J.; *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁶⁴¹ Los *juzgar* y *criticar* se utilizan aquí como sinónimos, de acuerdo con la interpretación que Derrida da del concepto benjaminiano de crítica. Derrida, J.; *op. cit.*, p. 82.

la función de crear nuevo derecho, y de otra estudia una violencia de mantenimiento, que sirve al derecho para conservarse.⁶⁴² Trazando la diferencia entre un momento originario, en que se funda un nuevo orden, y un momento ulterior, donde el derecho fundado ya es operativo, Benjamin cree poder salvar, evaluar de forma positiva, al menos uno de los usos que el sistema jurídico hace de la violencia; el dispositivo, atinente a la creación de nuevo derecho. De hecho, en el instante en el que nacen los ordenamientos jurídicos modernos, cuando todavía ninguna violencia se distingue de otra violencia, el recurso a la fuerza extrema por parte del derecho -a fin de oponerse a las manifestaciones descontroladas de *vis absoluta* que afectan a la sociedad- se puede juzgar de forma positiva. Se trata de una violencia fundadora, que se convierte para el derecho en una ocasión de instituirse y actuar como *pharmakon* contra los males de la sociedad y que, por tanto, puede justificarse, siempre y cuando rompa definitivamente con la violencia. Para esta *vis* que funda, existe un criterio de juicio válido, que es externo al derecho y coincide con el fin natural de controlar la violencia. Pero, ¿cómo gobernar la violencia y, al mismo tiempo, guardar la distancia con ella? Benjamin contesta a este interrogante de forma muy propositiva y concreta:

[...] ¿es acaso posible la resolución no violenta de conflictos? Sin duda lo es. Las relaciones entre personas privadas ofrecen abundantes ejemplos de ello. Dondequiera que la cultura del corazón haya hecho accesibles medios limpios de acuerdo, se registra conformidad inviolenta. Y es que a los medios legítimos e ilegítimos de todo tipo, que siempre expresan violencia, puede oponerse los no violentos, los medios limpios. Sus precondiciones subjetivas son cortesía sincera, afinidad, amor a la paz, confianza y todo aquello que en este contexto se deje nombrar. Pero su aparición objetiva es determinada por la ley [...] para que los medios limpios no signifiquen soluciones inmediatas sino sólo mediatas.⁶⁴³

La propuesta no es utópica, pero el más incrédulo ha de ser su propio autor. Los acontecimientos de los primeros veinte años del siglo XX lo han desilusionado. La historia le ha contado una realidad distinta. Ha visto por sí

⁶⁴² Benjamin, W.; “Zur Kritik der Gewalt”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1921, ahora en *Gesammelte Schriften*, II, I, vol. 4, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1977. Utilizo “Para una crítica de la violencia”, en *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, trad. de R. Blatt, Madrid, Taurus, 1991, pp. 23-45.

⁶⁴³ *ibidem.*, p. 34.

mismo la incapacidad de los ordenamientos jurídicos modernos para emanciparse de la espiral de fuerza de la que brotaron, así como de prescindir de aquella violencia que los conserva legitimándose y que se mantiene legítima conservándolos.

Así pues, no debe extrañar que el autor, impulsado por un comprensible escepticismo, decida revolucionar, a partir de las últimas páginas del ensayo, toda su estructura. Como ya adelanté al comienzo de este apartado, el discurso benjaminiano de la crítica es ante todo el discurso de algo que, de repente, se transforma en otra cosa; la historia de una diferencia que pierde la apuesta en mantenerse distinta y que, en su retorno al origen de todo origen, a Dios, se anula. De hecho, al final del texto todo experimenta una metamorfosis, una mutación. La distinción entre derecho y violencia se convierte en identidad. La crítica de la segunda se traduce en la crítica del primero. La idea de un derecho como gobierno de la violencia se convierte en la idea de un derecho que, simplemente, domina por medio de la violencia. Lo divino se superpone a lo jurídico en el gobierno de los asuntos humanos. La crítica de la violencia se traduce en un elogio de la violencia divina.

4.4 El discurso de la legitimación

El discurso de la legitimación es el discurso de la prudencia y la moderación, porque a la peligrosa identificación del derecho con la violencia opone una lectura analítica del universo jurídico que promueve la comprensión del derecho, de la coerción y de la moral como fenómenos sociales distintos, aunque relacionados entre sí.⁶⁴⁴ Distinguiendo el sistema jurídico de esas otras realidades afines, el discurso de la legitimación realiza una operación clarificadora de la estructura general del pensamiento jurídico en lugar de una crítica del derecho y de la política legislativa,⁶⁴⁵ y emprende una acción contextual de rescate y defensa de la

⁶⁴⁴ Hart, H. L. A.; *El concepto de derecho* (1961), trad. de G. R. Carrio, México, Editora Nacional, 1980, 331 pp. XI. Así también el trabajo de Páramo Argüelles, J. R.; *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC, 1984, 470 pp. 187, al sostener que el objetivo fundamental de la teoría hartiana no consiste en la determinación y aclaración de una definición del derecho, sino en la identificación y el análisis de aquellas características que lo diferencian de la moral y la coerción.

⁶⁴⁵ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. XI.

legitimación de un derecho, en los modelos de posguerra, que, a causa de sus aspectos violentos, se había revelado incapaz de hacer y ser la diferencia.

Como cada orden del discurso, éste también circula y se da a conocer a través del nombre de uno de sus principales exponentes. Así, hablar del discurso de la legitimación o del discurso de H. L. A. Hart equivale, en gran parte, a decir lo mismo.⁶⁴⁶ Existen muchos otros nombres acreditados que se podrían considerar incluidos en esta corriente, pero, para nuestros fines -que son indagar la relación entre derecho y violencia e identificar las prácticas sociales que permitan mantener la diferencia entre ambas realidades- la teoría hartiana ocupa un papel destacado y esencial. Nos permite ver que una distinta calificación de los elementos del derecho puede modificar la forma en que una sociedad percibe y se confronta con el problema de la violencia; y nos plantea el dilema de si basta con uso correcto, o lingüísticamente apropiado, de la terminología jurídica para liberarse del espectro de la violencia.⁶⁴⁷

Según Hart, lo que caracteriza al derecho en sentido genérico es el hecho de que su existencia implica la *no opcionalidad* de determinados tipos de conducta.⁶⁴⁸ Esta característica, en apariencia poco problemática, en realidad se revela como una fuente de malentendidos y animadas discusiones entre los teóricos del derecho cuando proceden a la calificación de las reglas que orientan dichas conductas.⁶⁴⁹ Cabe sostener, como hace Austin, que esas reglas son *mandatos* impartidos bajo amenaza de sanción;⁶⁵⁰ o distinguir, como hace Hart, entre *normas primarias*, que ligan a los individuos a determinada conducta previendo una sanción en caso de incumplimiento, y *normas secundarias*, que atribuyen poderes y contemplan la nulidad como consecuencia jurídica cuando el

⁶⁴⁶ Esto no significa que la teoría de Hart agote el discurso de la legitimación, ni que éste último quede sin nada que decir si prescinde de Hart, Tan sólo que una parte consistente de ese discurso lleva su nombre.

⁶⁴⁷ Basando el ordenamiento jurídico en la norma de reconocimiento (de la que hablaré más adelante) y definiendo las reglas jurídicas como normas en vez de órdenes, Hart excluye que la violencia ejercida o amenazada por el derecho constituya el medio de legitimación del mismo.

⁶⁴⁸ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 7y 8.

⁶⁴⁹ Por razones de economía del discurso y para hacer referencia a los problemas que plantea la distinta definición de las reglas jurídicas, tomaré en consideración sólo la calificación efectuada por Austin (y criticada por Hart) y la elaborada por el mismo Hart.

⁶⁵⁰ Austin, J.; *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J. R. de Páramo Argüelles, Madrid, CEPC, Madrid, 2002, 338 pp. 36 y 37: “Toda *ley o regla* (en el significado más amplio que se le puede dar *propiamente* al término) es un *mandato*. [...] Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta el deseo, sino por el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho. [...] El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato [...] se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia* [...]”.

sujeto no siga la conducta prescrita.⁶⁵¹ Dicha labor teórica de calificación y taxonomía de las reglas jurídicas que orientan las acciones no está exenta de consecuencias prácticas. De ella dependen la representación oficial del derecho, la percepción que una comunidad tiene del mismo y el abanico de posibles reformas. De hecho, sustentar que el derecho constituye el conjunto de las órdenes coercitivas dictadas por el soberano no produce iguales efectos prácticos que, en cambio, una idea del derecho como conjunto articulado de normas primarias y secundarias. En el primer caso, el poder ilimitado, único, unitario y no subordinado del soberano,⁶⁵² cuya voluntad fija el contenido de las reglas en forma del todo arbitraria, lleva a una determinada comunidad a interrogarse sobre la sensatez de un poder tal así, y abrirse a propuestas de reforma que pueden concernir tanto a la posición de los súbditos -yendo hacia una ampliación de sus derechos- como a la del soberano -yendo hacia una limitación de su poder. En el segundo caso, la descripción del ordenamiento jurídico a partir del contenido de las normas que lo componen desplaza la atención hacia cuestiones que no atañen sólo a la estructura jerárquica del derecho, sino que se extienden también a sus enunciados, sugiriendo así reformas más complejas, que pueden tanto hacer referencia al reparto del poder y atribución de funciones entre los distintos órganos, como también afectar a todos los ámbitos de la esfera pública y privada regulados por el derecho.

Por ende, calificar las reglas jurídicas de una forma en lugar de otra -v. gr., como normas en vez de mandatos- provoca enormes efectos, muy concretos asimismo, y no sólo en términos de percepción de la realidad jurídica o delimitación del ámbito de posibles reformas, sino también, y sobre todo, de legitimación de un determinado sistema jurídico. Es evidente, y no demanda

⁶⁵¹ Esta distinción entre dos distintos tipos de normas constituye un aspecto central de la teoría hartiana, cuyo objetivo principal es explicar y aclarar de forma satisfactoria el funcionamiento y la complejidad de los modernos ordenamientos jurídicos. En este sentido, Paramo Argüelles, J. R.; *op. cit.*, p. 211. En cambio, exclusivamente respecto a la distinción entre normas primarias y secundarias, Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. 99.

⁶⁵² Por poder ilimitado, único, unitario y no subordinado se entienden respectivamente la absoluta libertad del soberano de legislar sobre cualquier materia sin estar sometido a algún deber jurídico; la ausencia, en el seno del mismo ordenamiento jurídico, de otro sujeto dotado de los mismos poderes; la concentración de la soberanía en una persona o un grupo de personas; la no subordinación del poder soberano al derecho. Para una reconstrucción del poder soberano en estos términos, véase Paramo Argüelles, J. R.; *op. cit.*, pp. 147 y 148.

añadido aclaratorio, que la teoría imperativista⁶⁵³ de Austin, al representar el derecho como un conjunto de mandatos impartidos por el soberano,⁶⁵⁴ dota al sistema de un grado de legitimación indudablemente menor respecto del que proporciona la teoría hartiana, donde la distinción entre normas primarias y secundarias, limitando el recurso a la sanción sólo a los casos de violación de las primeras, reduce la visibilidad del componente violento del derecho. En este sentido, el pensamiento de Hart es, desde mi punto de vista, más interesante por lo que no dice y vela sobre la violencia que por lo que expresa y exhibe. De hecho, si existe en él una disertación sobre el tema, ésta se desarrolla de forma del todo negativa.

En el quinto capítulo de *El concepto del derecho*, Hart sostiene que es restrictivo limitar el complejo fenómeno del derecho a la idea de un conjunto de mandatos sostenidos en amenazas.⁶⁵⁵ Esta descripción, que concibe la fuerza como el medio a través del cual el sistema jurídico garantiza su operatividad y ve al ciudadano como un sujeto pasivo, habituado a la obediencia, *no dice* cómo calificar aquellas normas que, contrariamente a las leyes penales -que prohíben o imponen ciertas acciones bajo amenaza de la sanción-, no contienen sin embargo órdenes coactivas, sino que confieren poderes jurídicos de juzgar y legislar (poderes públicos) o de crear o modificar relaciones jurídicas (poderes privados).⁶⁵⁶ Dicha descripción puede ser representativa de la estructura social propia de las comunidades primitivas, pero no resulta idónea para reflejar la

⁶⁵³ La teoría imperativista del derecho, formulada por Hobbes en el ámbito de la teoría del derecho inglés, tiene entre sus seguidores filósofos y juristas como Bentham y Austin. Para esta concepción del derecho la norma jurídica posee estructura de orden y expresa la voluntad del soberano. Una disertación detallada sobre este punto, una vez más Paramo Argüelles, J. R; *op. cit.*, pp. 131-134.

⁶⁵⁴ Es importante precisar que la mayoría de los imperativistas reconoce que ningún ordenamiento jurídico se basa sólo en el temor a la sanción. Austin, por ejemplo, sostiene que, para poderse encontrar en presencia de un ordenamiento jurídico, es necesario que, en general, sus miembros compartan la costumbre de obedecer a las órdenes de un soberano común y determinado. En todo caso, para los partidarios de esta teoría no es la actitud general hacia la obediencia la característica saliente del derecho, sino el hecho de que se pueda hacer que se obedezcan las órdenes a través del uso de la fuerza. En este sentido, véase Schiavello, A.; *L'obbligo di obbedire al diritto* (2012) accesible en: https://www.academia.edu/1887518/Lobbligo_di_obbedire_al_diritto, p. 18.

⁶⁵⁵ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. 99.

⁶⁵⁶ Cabe destacar que la distinción entre normas primarias y secundarias, que utiliza Hart, no constituye un aspecto original de su trabajo. De hecho, se trata de una clasificación generalizada en el ámbito de la teoría del derecho. De Ihering a Hart, se ha elaborado a partir de distintas perspectivas (temporal, funcional, jerárquica, lógica y estructural) y se ha expresado con una terminología distinta, pero afín (normas de conducta y de organización, normas de conducta y de estructura, normas de conducta y de competencia, normas que imponen obligaciones y organización, normas de conducta y de estructura, normas de conducta y de competencia, normas que imponen obligaciones y normas que atribuyen poderes, normas sustanciales y normas de procedimiento etc.). Véase Paramo Argüelles, J. R; *op. cit.*, p. 216.

organización de los ordenamientos jurídicos modernos, donde la presencia de un poder legislativo, de tribunales y funcionarios de cualquier tipo garantiza la certeza de las normas, su transformación con base en criterios y formas preestablecidas y la aplicación eficaz de las mismas.⁶⁵⁷ Una comunidad regulada sólo por normas primarias, escribe Hart, no está dotada de un sistema; vive según una serie de aislados criterios de conducta, desprovistos de un elemento común que permita reconocerlos como normas; no posee ningún procedimiento capaz de aclarar las dudas que puedan surgir sobre la naturaleza de tales criterios; no dispone de medios para adaptar deliberadamente las normas a las circunstancias variables, abrogando las viejas y desusadas e introduciendo nuevas; por último, carece un órgano especializado para comprobar la violación de una norma dada y solucionar la controversia que deriva de dicha violación. Una estructura social como ésta sólo puede basarse en normas *inciertas, estáticas e ineficientes*.⁶⁵⁸

Los ordenamientos jurídicos modernos, por contra, disponen de distintos remedios (*remedies*) con los que enfrentan a los problemas derivados de la incertidumbre, el estatismo y la ineficiencia del conjunto normativo. Hart denomina estos remedios respectivamente como norma de reconocimiento, norma de cambio y norma de juicio. La primera tiene por función indicar las características por las que una norma se puede reconocer como tal. La segunda atribuye a un individuo o grupo de ellos el poder de introducir nuevas normas primarias y cancelar las antiguas. La tercera indica tanto quiénes deben juzgar en caso de que surjan conflictos, así como el procedimiento a seguir en tales casos.⁶⁵⁹

Por consiguiente, la propuesta de Hart se resume en una representación del derecho moderno alternativa a la de Austin y, a juicio de su autor, capaz de reflejar la compleja maquinaria de organización que permite a los sistemas jurídicos contemporáneos funcionar eficazmente. El fundamento de esta teoría general del derecho es la norma de reconocimiento: una norma última (*ultimate*), es decir, dotada de validez jurídica intrínseca, autoexistente -o sea, que no depende de ninguna otra norma- y que contiene distintos criterios, dispuestos en orden jerárquico, que actúan como indicadores de validez jurídica de las otras

⁶⁵⁷ *ibidem.*, p. 216.

⁶⁵⁸ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 114-116.

⁶⁵⁹ *ibidem.*, pp. 118-121.

normas.⁶⁶⁰ Situado este elemento a modo de baricentro del sistema jurídico, Hart se disocia de la idea austiniana según la cual “los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas de la persona o personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie”.⁶⁶¹

En suma: el derecho no es una institución coercitiva;⁶⁶² es un fenómeno esencialmente normativo, que no cabe reducir a mecanismos psicológicos o de comportamiento y habitualidad; no se puede concebir como un conjunto de normas todas sancionadas o sancionadoras, ya que éstas, aun siendo indispensables, sólo constituyen una parte del material normativo y desarrollan una función subsidiaria;⁶⁶³ las normas secundarias, de que también integran el derecho y dan soporte a toda la armazón jurídica, no imparten mandatos, sino que atribuyen poderes y prevén como consecuencia jurídica negativa la nulidad y no la sanción; ésta última es el instrumento que desalienta la acción prohibida por la norma, mientras que la primera consiste simplemente en la falta de reconocimiento jurídico de una determinada acción.⁶⁶⁴ Sería, pues, comprometido reprochar a Hart estrechez de horizontes en su disertación sobre el fenómeno jurídico. Abarca la totalidad de aspectos sobre los que una teoría general del derecho debe insistir: estructura del ordenamiento, elementos esenciales del derecho, cuestión de las fuentes, problema de la validez, fundamento etc. Asimismo, es difícil objetarle escasa profundidad de análisis, como también radicalidad en cuanto a las posiciones adoptadas. En efecto, al elaborar su representación del derecho, como escribe M. Cattaneo en la introducción a la edición italiana de *El concepto del derecho*, Hart abre un fecundo diálogo con las principales corrientes del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo (la filosofía analítica, el normativismo, el realismo americano etc.) y, en la resolución de los problemas teóricos, aporta siempre una contribución original que nunca abandona el camino del sentido común y la moderación.

⁶⁶⁰ Ramos Pascua, J. A.; *La regla del reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, 251 pp. 135-171.

⁶⁶¹ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. 125.

⁶⁶² Marmor, A.; *The Nature of Law*, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011), accesible en <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

⁶⁶³ Pintore, A.; "A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto", *Sociologia del diritto* 2 (2011), pp. 7-26.

⁶⁶⁴ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. 35-36.

Sin embargo, también en este sendero existen recodos umbríos, zonas de sombra, donde la luz del análisis se vuelve tenue y el espíritu crítico de un observador externo se agudiza. Estos espacios de luz difusa no son lugares vanos, ni desérticos. Por el contrario, en ellos se encuentra todo lo que se aparta y se marginaliza para permitir a un discurso prudente y moderado mantenerse en marcha. En la teoría hartiana del derecho el problema de la violencia deambula a través de estos espacios poco iluminados, fronteros entre la claridad y la inaccesible oscuridad. Es muy posiblemente por este modo de tratar la cuestión de la violencia que la obra de Hart ha dado pábulo a dos interpretaciones contrastantes sobre el carácter coercitivo del sistema jurídico. En una se sitúan los teóricos que, como Anna Pintore, creen que el filósofo inglés nunca puso en discusión la naturaleza coercitiva del derecho y evitó tratarla directamente sólo porque era obvia.⁶⁶⁵ En otra, estudiosos como A. Marmor,⁶⁶⁶ inclinados a pensar que una de las constantes del pensamiento hartiano es el rechazo expreso de una interpretación del derecho en clave coercitiva.

Aunque muchos pasajes de *The Concept of Law* pueden utilizarse para apoyar una u otra posición, es cierto que Hart no se enfrenta directamente al problema de la violencia y que cada reconstrucción de su pensamiento sobre este punto se expone a todos los riesgos del caso: provisionalidad, incoherencia, contradictoriedad y peligro de refutación. El aspecto coercitivo del derecho le interesa en la medida en que su marginalización permite la afirmación de una idea armoniosa del concepto de sistema jurídico. Postergar la coerción constituye el rito de paso para considerar el ordenamiento como una unión equilibrada de normas primarias y secundarias, donde el *carácter regulativo del poder* de las últimas sirve de contrapeso al *carácter represivo* de las primeras.

Un discurso de este tipo, que pretende marcar la diferencia entre el derecho y la coerción limitándose a dejar de lado el aspecto coactivo y destacando, en cambio, la estructura democrática de los ordenamientos jurídicos modernos, oculta la violencia de éstos y, ocultándola, la olvida. Olvidándola, la sustrae al análisis. Sustrayéndola, impide la reflexión sobre la posibilidad de tratar el asunto. Por esta razón, creo que el trabajo de Hart no se puede leer como un ensayo de sociología

⁶⁶⁵ Pintore, A.; *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶⁶ Marmor, A.; *op. cit.*

descriptiva, como su autor deseaba,⁶⁶⁷ sino como un discurso que en los espacios afirmativos (es decir, donde se sitúa la disertación sobre determinados aspectos del derecho) nos cuenta en parte cómo es éste último, mientras que en los negativos (donde se marginaliza y se excluye de la disertación directa el componente coercitivo) nos dice en parte como el derecho debería ser; es decir, *no violento*.

No pretendo ofrecer una lectura inédita de Hart, sino sólo dar voz a un discurso, aquél sobre la violencia, que vislumbra en *El concepto del derecho*. Todo el ensayo puede leerse como un intento de anular los aspectos violentos del derecho por medio de un cambio de terminología en su descripción. Dado que todas las expresiones utilizadas por Austin para esbozar la estructura del sistema jurídico hacen referencia a la fuerza, Hart las sustituye por otras más moderadas: el mandato se convierte en norma, la orden respaldada por amenaza se presenta como obligación jurídica y la sanción se califica de consecuencia jurídica negativa. Cambia el registro lingüístico y así cambia la definición de los elementos constitutivos del derecho, y la violencia desaparece del nuevo registro. Hart no la retoma, ni con su propia indumentaria, ni bajo otro ropaje. La violencia se eclipsa para hacer posible un mundo jurídico normalizado, donde los riesgos opuestos de la élite opresiva y de la *sheeplike society* son meramente marginales.⁶⁶⁸

El grado de legitimación del sistema jurídico que se alcanza operando en estos términos es muy alto, pero la vía a través de la cual transita es discutible desde el un punto de vista de la ecología de la comunicación, pues silencia otras voces, a veces tabús de la esfera jurídica, con el fin de permitir un discurso indiviso, monolítico y unítono.

4.5 El discurso de la diferencia

El discurso de la diferencia expresa la imposibilidad de un razonamiento unitario y progresivo, y sustituye la linealidad del pensamiento benjaminiano⁶⁶⁹ y

⁶⁶⁷ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. XI.

⁶⁶⁸ Pintore, A.; *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶⁹ Oír hablar de *linealidad* con referencia al pensamiento de Benjamin puede despertar asombro. Para evitar malentendidos preciso que el término aquí no tiene su sentido habitual y asume una connotación específica, derivada de su uso en el ámbito de la teoría de los sistemas, donde un

hartiano por una andadura discontinua, hecha de segmentos y desviaciones. Basándose en la idea del lenguaje como movimiento y de la escritura como medio y cuerpo de la diferencia,⁶⁷⁰ contempla el carácter dinámico y diferencial de la lengua; reconoce el papel decisivo de la negatividad en la construcción del concepto de presencia, y rompe con la antigua tradición filosófica occidental sustituyendo los conceptos de unidad, identidad, presencia, permanencia, fundamento, estructura y esencia, por los más dinámicos de pluralidad, distinción, cambio, contaminación y separación.⁶⁷¹

También para este orden del discurso vale lo dicho con relación al discurso de la legitimación, o sea, que existen muchas voces a través de las cuales resuena,⁶⁷² pero que, una vez más y siempre para nuestros fines, sólo una adquiere relevancia aquí: la derridiana, porque asume como su objeto privilegiado la relación entre el derecho y la violencia. En los *Prolegómenos*, que introducen la segunda parte del libro *Fuerza de ley*, titulados como *Nombre de pila de Benjamin* y enteramente dedicados al desciframiento de *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida inicia su propia reflexión sobre la violencia desde una lectura que es, ante todo, re-escritura del texto benjaminiano. Para destacar el carácter muy personal de su interpretación y alertar al lector oyente sobre el intento deconstructivo del que aquélla parte, Derrida advierte:

Con razón o sin ella, me ha parecido que quizás no sería completamente inapropiado interrogar un texto de Walter Benjamin, singularmente un ensayo escrito en 1921 y titulado *Zur Kritik der Gewalt* (Para la crítica de la violencia) en la apertura de un encuentro como éste sobre «El nazismo y la solución final. Los límites de la representación». Así pues, me he decidido a proponerles una lectura un poco arriesgada de ese texto de Benjamin, por varias razones que parecen entrecruzarse aquí.⁶⁷³

problema es lineal si se puede descomponer en una serie de subproblemas independientes entre ellos. Al respecto, Magrassi, P.; *Difendersi dalla complessità*, Milano, Franco Angeli, 2009, 176 pp. 29.

⁶⁷⁰ Telmon, M. P.; *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, Milano, Jaca Book, 1997, 207 pp. 61.

⁶⁷¹ Wood D., Bernasconi R. (ed.), *Derrida and Différance*, Evanston, Northwestern UP, 1988, 98 pp. IX.

⁶⁷² *ibidem.*, p. IX.

⁶⁷³ Derrida, J.; *op. cit.*, p. 69.

Y añade: “¿Cómo leer este texto con un gesto «destructor» que no sea [...] ni heideggeriano ni benjaminiano. Ésta es en suma la difícil y oscura pregunta que esta lectura querré aventurar”.⁶⁷⁴ El objetivo Derrida, aquí sólo en parte declarado, es deconstruir la complicación del derecho y de la violencia de una forma alternativa, es decir, de una manera que supere la metafísica en la que siguen prisioneros, a su juicio, tanto Heidegger⁶⁷⁵ como Benjamin. Si la relación existente entre derecho y violencia es, como hemos repetido varias veces, paradójica, es decir, si el derecho es aquél orden que nace como sustituto de la violencia y, al mismo tiempo, se presenta como la institución que detenta el monopolio de la fuerza/violencia, entonces ninguna metafísica puede hacer de esta relación su objeto. Por su estructura epistemológica, anclada a la idea de ser en sus distintos aspectos (esencia, presencia, identidad y verdad), la metafísica carece de instrumentos adecuados para estudiar aquel movimiento que en una única acción produce al mismo tiempo los polos de la oposición derecho-violencia y los mantiene unidos, difiriendo su *polemos*.⁶⁷⁶ Este movimiento, que de la violencia lleva al derecho y viceversa, generando ambivalencias embarazosas, implica, en la producción de la diferencia, una separación espacio-temporal, una fractura seguida de una *dislocación* y un *diferimiento*. Esto es, no sólo genera y mantiene, con su ir y venir, la diferencia entre el derecho y la violencia, sino que también coloca los polos de la distinción en un espacio y un tiempo dado, permitiendo la transición reglamentada⁶⁷⁷ de un extremo al otro de la distinción.

⁶⁷⁴ *ibidem.*, p. 78.

⁶⁷⁵ Aunque siga sintiéndose fuertemente atraído por el pensamiento heideggeriano a lo largo de su propia trayectoria, Derrida reprocha constantemente al filósofo de Messkirch el horizonte metafísico al que abre su especulación. En este sentido, Brogan, W. A.; “The Original Difference”, en *Derrida and Différance*, *op. cit.*, pp. 31-39: “The central criticism that Derrida levies against Heidegger’s philosophy is that it remains entrapped within the horizon of metaphysics it attempts to surpass. And this is so because Heidegger formulates his own thinking in relation to and always in comparison with metaphysics” (p. 31).

⁶⁷⁶ Sobre la incompatibilidad de las premisas metafísicas con el tema de la *différance*, Derrida, J., “La *différance*”, en *Margini della filosofia* (1972), trad. de M. Iofrida, Torino, Einaudi, 1997, pp. 27-57, en esp. pp. 43-44.

⁶⁷⁷ Por transición reglamentada entiendo la idea según la cual cada polo de la diferencia, una vez que ésta se ha trazado, puede cruzar sus propias fronteras y situarse, por periodos más o menos amplios, en el polo opuesto, pero sólo con oscilaciones vinculadas, es decir, sujetas a una determinada reglamentación. El ejemplo de la huelga general, al que recurren tanto Benjamin como Derrida (aunque por razones y con finalidades distintas), puede servir a aclarar este punto. La violencia legítima, que se ejerce a través de la huelga general (legítima en cuanto prevista y concedida por el mismo ordenamiento jurídico), puede superar las fronteras de la legitimidad, convirtiéndose en violencia ilegítima. En este caso, cuando se superan los límites, el sistema jurídico no permanece inerte, sino que dispone de normas que sirven de guía para restablecer las fronteras.

Gracias a esta oscilación regular y reglamentada, el tiempo y el espacio de la violencia nunca se confunden con el tiempo y el espacio del derecho. Esto no significa que no sean posibles “invasiones de campo”, sino sólo que eventuales violaciones de frontera, en cuanto reglamentadas, se pueden detectar y tratar.

Dado que el análisis de este movimiento requiere, a causa de su complejidad, un lenguaje, una escritura y una práctica adecuados,⁶⁷⁸ Derrida acuña el término *différance*: un neologismo capaz de describir una realidad para la cual el lenguaje actualmente no ofrece un *nomen*. Por tanto, la *différance*, es en el pensamiento deconstructivo derridiano, ante todo, un elemento nuevo del lenguaje, pero además una práctica discursiva que se insinúa en la escritura (su *medium* privilegiado) para marcar la diferencia de la diferencia, renegando así de aquella tradición ontometafísica que, partiendo de la identidad de la diferencia, no fue capaz de conciliar la fenomenología de la evidencia con la fenomenología de la temporalidad. O sea, la *différance* es la diferencia que se observa, que reflexiona sobre sí misma y que, en el tiempo necesario para esta autoobservación, difiere de sí misma (del estar presente ante sí misma), superando el pasado y proyectándose en el futuro. En esta *no presencia a sí originaria*, propia de los mecanismos reflexivos, se sustenta el movimiento de la *différance*, que, en su continua remisión a otra cosa, convive mal con supuestas realidades últimas y absolutas como el fundamento, el principio y el origen.⁶⁷⁹ Escribe Andrea Potestio en *La decostruzione come operazione testuale*:

La *différance* non può essere originaria perché se divenisse tale, si costituirebbe come origine, come punto di partenza pieno e presente negando così la sua natura sfuggente che si caratterizza per essere possibile solo come un rimando a una presenza solo possibile, potenziale. Il movimento della *différance* mostra la decostruzione sempre in atto e costituisce la condizione di possibilità di ogni

En realidad, el problema de la transición de un lado al otro de la distinción es más complejo, considerando que no todas las violaciones de frontera están previstas o son previsibles por el sistema. Sin embargo, ni aún en los casos imprevistos o imprevisibles el sistema jurídico permanece pasivo. Siempre reacciona a la superación de la frontera con una normativa que la restablece. Y el hecho de que, en los casos específicos, la normativa en cuestión, en lugar de preexistir respecto a la superación de la frontera, surja a causa de la misma, como normativa urgente, nunca excluye la existencia de una reglamentación. De hecho, el principio según el cual el sistema jurídico interviene en los casos de desorden y decide con los instrumentos de emergencia de los que dispone, ya es una reglamentación, aunque blanda.

⁶⁷⁸ Telmon, M. P.; *op. cit.*, p. 68.

⁶⁷⁹ Derrida, J.; *La scrittura e la differenza* (1967), trad. de G. Pozzi, Torino, Einaudi, 2002, 390 pp. 360-361.

struttura o codice come quello linguistico che si forma storicamente come un tessuto di differenze.⁶⁸⁰

Este pasaje pone de relieve la cuestión que principalmente ha guiado el pensamiento derridiano en la construcción de la *différance*. Se trata de la cuestión del origen o, más en concreto, de la *complicación originaria* del origen, de la *contaminación inicial* de lo sencillo⁶⁸¹, de la *desviación inaugural* que ningún análisis puede presentar en su acontecimiento o reducir a la puntualidad instantánea, idéntica a sí misma, del elemento.⁶⁸² “*Tutto comincia con la diade*”⁶⁸³ escribe Derrida en *La disseminazione*, y todo se conserva por medio de la díada, podría añadirse sin temor a leer mal el texto del que la cita procede. Por tanto, la diferencia es originaria; constituye la estructura del lenguaje, es decir, de lo que nos permite hacer experiencia del mundo;⁶⁸⁴ impide cualquier acceso al *primum*; y hace impracticable una salida del mecanismo diferencial. Cuál sea el movimiento que erige la estructura bipolar del lenguaje y la fortalece, se nos explica de forma clara en el siguiente pasaje:

Ciò che si scrive *différance* sarà dunque il movimento di gioco che «produce», per mezzo di quello che non è semplicemente un'attività, queste differenze, questi effetti di differenza. Ciò non vuol dire che la *différance* che produce le differenze sia prima di esse, in un presente semplice e in sé immodificato, in-differente. La *différance* è l'«origine» non-piena, non-semplice, l'origine strutturata e differente [*différant*] delle differenze. Il nome di «origine» non le si confà più.⁶⁸⁵

La expresión *origen estructurado y diferente de las diferencias*, aplicada al tema del derecho y la violencia, remite a la idea de que lo que amenaza al derecho

⁶⁸⁰ Potestio, A.; “*La decostruzione come operazione testuale*”, en *Su Jacques Derrida. Scrittura filosofica e pratica di decostruzione*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2008, pp. 129-145, en esp. pp. 144-145.

⁶⁸¹ El tema de la *diferencia* aparece por primera vez en la obra derridiana como *contaminación originaria*. Sólo posteriormente, ésta última formulación cede el paso a la primera. Como ha destacado Telmon, el paso de un concepto al otro es gradual y conlleva pérdidas. De hecho, la atención a los textos de los mayores pensadores dialécticos (Hegel y Husserl) se pierde y el interés se desplaza hacia los verdaderos pensadores de la diferencia (Nietzsche, Lévinas, Freud, Heidegger y, por supuesto, cada vez más, Hegel). Telmon, M. P.; *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸² Derrida, J.; *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl* (1990), trad. de V. Costa, Milano, Jaca Book, 1992, 291 pp. 51.

⁶⁸³ Derrida, J.; *La disseminazione*, trad. de M. Odorici y S. Petrosino, Milano, Jaca Book, 1989, 384 pp. 67.

⁶⁸⁴ Sobre la idea de que la experiencia del mundo no es directa, sino mediada por el lenguaje, Vattimo, G.; *Le avventure della differenza*, Milano, Garzanti, 2001, 202 pp. 31.

⁶⁸⁵ Derrida, J.; *La différance*, *cit.*, p. 39.

y se le opone, es decir, la violencia fundadora, tiene una relación muy estricta con el derecho mismo; o sea, por una parte, le pertenece, pues es capaz de modificarlo y presentarse como *tener derecho al derecho*,⁶⁸⁶ y por otra, se sitúa en su espacio externo, pues le opone resistencia e intenta derribarlo. El ejemplo de la huelga general, al que Derrida recurre para explicar este punto, proporciona una valiosa clave de lectura. Los trabajadores dependientes que aspiran a una mejora de sus condiciones laborales tienen derecho a suspender de forma colectiva la actividad laboral a fin de inducir al empresario a revisar el contrato de trabajo. Por tanto, en este caso, el trabajador ejerce el derecho que se le ha concedido para contestar el orden del derecho existente, originando una situación revolucionaria, donde se lucha para la fundación de un nuevo derecho.⁶⁸⁷ Este ejemplo, que muestra cómo el movimiento de la *différance* pone en crisis el estatismo de la distinción benjaminiana entre *violencia que funda* y *violencia que conserva*, excluye la existencia de una oposición rigurosa entre fundación y conservación, dado que una se presenta como la estructura y el diferimiento de la otra. De hecho, cada *posición* siempre tiene lugar sobre las ruinas de un viejo orden, en ausencia del cual la violencia fundadora no tendría razón de ser, y la *conservación* siempre es subsistencia, mantenimiento, repetición de un orden nuevo, el cual no iría en la búsqueda de un medio fuerte como la violencia para garantizarse consentimiento y respeto si *ab origine* pudiera considerarse legítimo.

Escribe Derrida:

[...] Ya no hay fundación pura o posición pura del derecho, y en consecuencia pura violencia fundadora, como tampoco hay violencia puramente conservadora. La posición es ya iterabilidad, llamada a la repetición autoconservadora. La conservación a su vez sigue siendo refundadora para poder conservar aquello que pretende fundar. No hay, pues, oposición rigurosa entre la fundación y la conservación, tan sólo lo que yo llamaría (y que Benjamin no nombra) una *contaminación diferencial (différentielle)* entre las dos, con todas las paradojas que eso puede inducir [...] La desconstrucción es también el pensamiento *de* esa contaminación diferencial, y el pensamiento atrapado en la necesidad de esa contaminación.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ Derrida, J.; *Fuerza de ley*, cit., p. 90.

⁶⁸⁷ *ibidem.*, pp. 90 y 91.

⁶⁸⁸ *ibidem.*, p. 98.

Qué sea exactamente la contaminación *différentielle*, ya lo explicó en la conferencia del 27 de enero de 1968, pronunciada ante de la Sociedad francesa de filosofía, y publicada en el *Bulletin de la société française de philosophie* (julio-septiembre de 1968) y en *Théorie d'ensemble* (París, 1968) con el título *La différence*. Se trata de un *cálculo económico*, de una economía del lenguaje y del pensamiento que, aplicada al tema en examen, obliga al derecho tanto a *tener en cuenta* como a *llevar la cuenta* de la violencia.⁶⁸⁹ Denomino ambas implicaciones *tomas de conciencia*, porque una y otra permiten un conocimiento profundo del problema de la violencia. La primera, *tener en cuenta*, evita que en la reflexión teórico-filosófica pase desapercibido un aspecto relevante de la práctica jurídica. La segunda, *llevar la cuenta*, mantiene en cambio, desde un punto de vista práctico-político, el control de la fuerza, que, siendo diferida, nunca desaparece del universo jurídico, sino que, al contrario, constituye una parte no eliminable, aunque reducible, del mismo. Esta duplicidad del contar (cuenta como valor material o moral y cuenta como cálculo) sustrae la *différance*, y las diferencias que se originan de su movimiento, a cualquier representación ontológica y teológica, dado que, considerando las manifestaciones de fuerza y evaluándolas, siempre retrasa el presente de la violencia y la relaciona con algo distinto de sí. Con el dilación de la presencia y la constante referencia a algo distinto de sí, el movimiento de la *différance* causa la destrucción del Ser, sea éste inmanente o trascendente, y instituye sobre sus ruinas el reinado de la diferencia como diversidad diferida y diferente.⁶⁹⁰ En el seno de este nuevo imperio, hecho de senderos que se bifurcan, no hay lugar para la onto-teología, no hay lugar para Dios, para el Dios que refrenda la crítica benjaminiana de la violencia, y del que Derrida toma distancia.

Al decir así adiós o hasta la vista a Benjamin, le dejo sin embargo la última palabra. Le dejo firmar, al menos si puede. Hace falta siempre que el otro firme, y es siempre el otro el que firma el último. Dicho de otra manera, el primero. [...] Pero ¿quién firma? Es Dios, el Completamente Otro, como siempre. La violencia divina habrá precedido, pero también *dado*, todos los nombres de pila: Dios es el nombre de esta violencia pura, y justa por esencia: no hay ninguna otra, no hay ninguna antes de ella, y ante la que ella tenga que justificarse. En él autoridad, justicia, poder y

⁶⁸⁹ Derrida, J.; *La différence*, cit., p. 34.

⁶⁹⁰ *ibidem.*, p. 50.

violencia constituyen una sola cosa. Siempre firma otro, es quizás esto lo que firma este ensayo.⁶⁹¹

Diciendo adiós a Benjamin y a la onto-teología que suscribe *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida se despide de indiferenciaciones insoportables que, detras de la supuesta “pureza” o “iusticia por esencia” de su estatica unidad, esconden una violencia extrema: la soberanía absoluta, el no tener que dar cuenta, el que no haya que justificarse ni de otro, ni frente el otro.

5. Comunicación, memoria y narración, o cómo ganar la apuesta de la diferencia

A través del discurso de la diferencia⁶⁹² Derrida introduce uno de los aspectos claves en la moderna relación entre derecho y violencia: el cálculo, en el doble sentido de *tener en cuenta* y de *llevar las cuentas*. Éste requisito, que estimula los dos polos de la relación hacia una toma de conciencia y evaluación recíprocas, adquiere, desde la perspectiva del sistema jurídico,⁶⁹³ el significado de instancia del control. Calcular la violencia significa sobre todo localizar su punto de ignición, examinar su virulencia y tratar de sofocarlo mediante específicas prácticas de vigilancia. Es oportuno precisar que las formas a través de las cuales estas operaciones de control se llevan a cabo, carecen de eficacia represiva y son solo curativas,⁶⁹⁴ y en ocasiones apenas paliativas; es decir, no sirven para bloquear la violencia, ni tampoco para eliminarla, sino para gestionarla mediante

⁶⁹¹ Derrida, J.; *Fuerza de ley, cit.*, pp. 137-139.

⁶⁹² No es impropio hablar de diferencia, en vez de *différance*, abordando el discurso derridiano sobre derecho y violencia, puesto que, en este caso, *différance*, antes que todo, es un expediente lingüístico para tratar de manera nueva un antiguo tema.

⁶⁹³ Asumiendo aquí la perspectiva del derecho no quiero decir que la violencia, por su parte, no ejercite ningún control sobre el mismo sistema jurídico. Al revés, la vigilancia y la alerta, en caso de peligro, son actitudes recíprocas dictadas por la misma diferencia, o más bien, por la percepción del otro como amenaza. Todavía, no obstante la reciprocidad de esta actitud cautelosa, debo circunscribir este análisis dentro de lo que es mi competencia, dirigiendo la atención hacia las modalidades a través de las cuales el derecho vigila la violencia e inmuniza la sociedad de la acción destructiva de la fuerza bruta.

⁶⁹⁴ Acerca de la idea según la cual la cura de la violencia es un privilegio del derecho moderno, véase el trabajo de E. Resta (*op. cit.*, p. 21), en la parte donde retoma el pensamiento de Girard.

programas condicionales del tipo *si/entonces*,⁶⁹⁵ que permiten regular, con certeza, eventuales circunstancias venideras. Tales programas, como serían los textos jurídicos de ordenación de futuros sucesos, que atribuyen consecuencias ciertas a situaciones altamente contingentes, operan al nivel de la jurisdicción orientando la semántica del procedimiento decisonal y canalizan en las salas del tribunal las explosiones de la *vis*. Es decir, por un lado ofrecen indicaciones sobre cómo actuar en caso de violencia -cuáles son las consecuencias a aplicar y los criterios a seguir-; por otro, encomendan al juez el tratamiento/reparación de la misma. Esto significa dos cosas: que los episodios de violencia nunca toman al derecho desprevenido, y que el subsistema judicial⁶⁹⁶ donde aquellos se filtran les reserva un lugar privilegiado y los somete, utilizando una metáfora tomada en prestamo del campo medico-sanitario, a tratamiento clinico obligatorio. Con decir que el derecho nunca se encuentra impróvido ante la violencia, no sostengo que éste sepa siempre cómo abordarla, sino simplemente que, suceda lo que suceda, ha de hacerlo, incluso cuando el caso particular sea reconducible a la categoría de los *hard cases*⁶⁹⁷, o si el sistema mediante inferencias lógicas correctas no conduzca a una decisión unívoca. El derecho moderno debe atender a la violencia, debe tratarla, o sea, debe prescribirla, lo que en nuestro sistema jurídico contemporáneo, es, con categoría de principio, la *prohibición de denegar justicia*.⁶⁹⁸ Decidir es el imperativo ético del sistema, su compromiso con la sociedad, o, como lo define Luhmann, una “precaución institucional” que entra en juego cada vez que surgen problemas irresolubles en la valoración normativa y en la interpretación.⁶⁹⁹ Hasta en *casos difíciles* es preciso tomar medidas. Por lo tanto, la interpretación de los textos, a los cuales dichos casos remiten, no puede ser ilimitada e ininterrumpida. Aunque fuere posible ampliar la información a fin de lograr mayor conocimiento, el sistema debe abortar ese proceso de búsqueda y

⁶⁹⁵ Sobre la utilización por el derecho de programas condicionales y su inadecuación de ámbito jurídico. Luhmann, N.; *Das Recht der Gesellschaft* (1993), trad. de L. Avitabile, *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 2012, 563 pp. 182.

⁶⁹⁶ De *sistema parcial diferenciado* del derecho habla Luhmann, refiriéndose a la posición de los tribunales en el sistema jurídico. Luhmann, N.; *op. cit.*, p. 275.

⁶⁹⁷ Para una análisis de las problemáticas generadas por los *hard cases* en los sistemas de *common law*, véase Dworkin, R.; *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1977, 295 pp. 81-90. Otras especificaciones sobre esta problemática, en referencia a los sistemas de *civil law*, se encuentran en Taruffo, M.; *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bolonia, Il Mulino, 2002, 345 pp. 223.

⁶⁹⁸ Sobre la escasa literatura teórico-jurídica entorno al significado estructural de esta forzosidad a decidir. Luhmann, N.; *op. cit.*, p. 286.

⁶⁹⁹ *ibidem.*, p. 288.

limitarse al saber reunido. Esto significa que los tribunales deben decidir inclusive allí donde no pueden. En presencia de un material insuficiente deben recrear *estándares* de racionalidad sostenibles para llegar a una conclusión, o hacer *como si* existieran. Deben *inventar*,⁷⁰⁰ a partir del derecho en vigor, un derecho que aún no existe. Esto impone un cálculo con variables determinables y indeterminables, donde no es el resultado lo que importa, pues este puede cambiar en virtud de sucesivas aclaraciones respecto de una inicial falta de determinación, sino el proceso, el mismo cálculo, o mejor dicho, la decisión de elaborar un cálculo. Con todo, para que el sistema funcione y la diferencia entre derecho y violencia siga asegurándose, no es suficiente con decidir, sino que será necesario *decidir de modo consistente*, o sea, justo.⁷⁰¹ La consistencia fragua en el proceso de argumentación, y se logra mediante una conexión razonada de los textos jurídicos que hacen insistencia sobre el caso particular. Esta tiene el carácter de una meditada razonabilidad intertextual y es garantía de una argumentación llevada a cabo dentro de los confines del sistema y libre de prejuicios morales o de otro tipo.⁷⁰² Para que se pueda argumentar y, sobre todo, para que se pueda argumentar de forma consistente, es ineludible interpretar previamente los textos disponibles y someterlos a una prueba de comunicación.

Luhmann escribe:

Quando si parla di interpretazione si pensa al comportamento sociale di un lettore che si concentra sul testo e che evidentemente non vuole essere disturbato. Non lo si può coinvolgere nella comunicazione, senza obbligarlo a interrompere la lettura. O legge o prende parte alla comunicazione. Oggi si legge, normalmente, in silenzio. E chi legge per gli altri agisce solo come organo del testo –e non proprio come il suo interprete. Non interessa quello che un lettore pensa nell'interiorità oscura dei suoi pensieri, nel caso in cui prenda tempo per separarsi dal testo. Quando comincia a interpretare, quello che fa è preparare un'argomentazione. Lo può fare se prima simula la comunicazione nella forma di una conversazione con se stesso (non: nella forma di una conversazione con il testo!) o nella forma di pensieri articolati, verbalizzati, come una specie di prova di comunicazione.⁷⁰³

⁸⁶ *ib.*, p. 292.

⁷⁰¹ *ib.*, pp. 193-215 y 331, sobre la idea de que la justicia se integra de la consistencia de las decisiones.

⁷⁰² *ib.*, pp. 313-378.

⁷⁰³ *ib.*, p. 336.

En este sentido, la interpretación consiste en articular argumentos y razones que funcionen desde el punto de vista comunicativo. Mas, ¿cómo y por qué la argumentación jurídica debe funcionar en la comunicación? El porqué es sencillo y tiene que ver con el carácter dispositivo de la decisión judicial. Si juzgar significa incidir sobre la vida de otras personas, es entonces necesario un diálogo cerrado y continuo entre quien juzga y quien es juzgado.⁷⁰⁴ Interrumpir esta comunicación puede tener consecuencias graves para con la diferencia entre derecho y violencia. El cómo es cuestión más compleja, ya que no implica simplemente la búsqueda de un método, sino que va mas allá de las pretensiones de un modelo de argumentación funcional hasta abarcar una perspectiva ampliamente comunicativa. Para que una argumentación se pueda calificar como comunicativa, no es necesario que su destinatario, o alguna otra persona en su lugar (el abogado, por ej., en el caso del cliente procesado en rebeldía) la entienda, sino que sus razones resulten estructuradas de manera que sea posible su comprensión. Entonces, de cara a la funcionalidad en el plano comunicativo, basta con la simple comprensibilidad de los argumentos, siendo la comprensión, por otro lado, una carga y una prerrogativa de la propia comunicación. Y puesto que no puede darse por hecho que todo actor del proceso hable o escriba de manera comprensible, y dado que el carácter policéntrico de la articulación subjetiva del proceso impone una comunicación enfocada a la toma de una decisión consistente, es natural que, en el curso de su evolución, el sistema jurídico se haya dotado de herramientas mediante las cuales potenciar la experiencia comunicativa que se realiza en el proceso argumentativo. Con este objetivo, el derecho parece haber recurrido, tal confirma la literatura reciente en materia de *storytelling*,⁷⁰⁵ a

⁷⁰⁴ *ib.*, p. 338.

⁷⁰⁵ Entre los escritos más interesantes en materia de *storytelling*, véanse: Brooks P. & Gewirtz P. (ed.); *Law's Stories. Narrative And Rhetoric In The Law*, New Haven y London, Yale University Press, 1996; Weisberg, R. H.; *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992; West, R.; *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993; Baron J. B. & Epstein J.; "Is Law Narrative?", *Buffalo Law Review*, 45, 1997, pp. 141-187; Cover, R. M.; "The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, 97, 1983, pp. 4-68; Bruner, J.; *La fabbrica delle storie. Diritto, Letteratura, Vita*, Bari, Laterza, 2006; Amsterdam, A. G. & Bruner, J.; *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000. Para una teorización marcadamente «narrativista» del proceso cfr. González, J. C.; "Coherencia narrativa y razonamiento judicial", *Revista del Poder Judicial*, 25, 1992, pp. 97-102; El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa, Madrid, Tecnos, 1993; "Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)", *Revista del Poder Judicial*, 33, 1994, pp. 33-43; Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho, Barcelona, Ariel, 1996; La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces, Málaga, Ágora, 1996; Verdad [Narración] Justicia,

la narración como mecanismo para la elaboración, desarrollo y difusión controlada del saber jurídico. Aunque el uso de las prácticas narrativas sea concedido a todos los actores del proceso, en cuanto vehículo discursivo sobre los elementos de fácticos y jurídicos en los que se fundamentará la decisión, es claro que pertenece sólo al juez el poder de la narración final y que únicamente su relato lleva el sello de la autoridad.⁷⁰⁶ Por estas razones, el juez tiene que seguir determinados patrones narrativos, a los que no necesariamente tienen que ajustarse el resto de los *storytellers*. Así, el relato del juez no puede contener lagunas de información que, sin embargo, legítimamente pueden aparecer en otros relatos; ni asumir un punto de vista particular, debiendo reflejar la imparcialidad subjetiva de su posición. Desde esta diferencia, o sea, desde el contraste entre la rigidez del relato del juez y la flexibilidad del de otros, la comunicación obtiene grandes beneficios, porque el carácter abierto de las hipótesis fácticas generalmente elaboradas por los abogados, testigos, peritos, forenses, etc., no sólo equilibra el régimen de cierre en el que el juez trabaja durante la reconstrucción del hecho y del derecho, sino que también garantiza la adquisición de un complejo material informativo que, filtrado por versiones diferentes y plausibles de la dinámica de los hechos,⁷⁰⁷ ofrece al juez una base para la elección decisiva. La palabra “elección” se ha utilizado aquí de forma impropia, ya que el juez, aunque se valga como *support* para la resolución del caso de uno entre los varios relatos, no se limita a incorporarlo *sic et simpliciter* en la sentencia. Por el contrario, insertándolo en su razonamiento y tratándolo como premisa menor del silogismo

José Calvo González (coord.), Málaga, Universidad de Málaga, 1998; “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 76, 1999, pp. 27-54; “Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, pp. 13-33; “Constitutional Law en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio”, *Law and Literature*. ISLL. Italian Society for Law and Literature. Papers, 2009, pp. 1-9; “Hechos como argumentos: teoría narrativista y argumentación jurídica”, en Milagros Otero Parga (ed.), *Tópica, Retórica y Argumentación en la Jurisprudencia*. Estudios en homenaje a Francisco Puy, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2011, pp. 111-121.

⁷⁰⁶ Scarpelli se centra en el carácter impositivo de la *res iudicata*, escribiendo: “Con la sentenza definitiva [...] l'autorità impone il suo sigillo sulla verità. Chiuso il giudizio, la verità resta stabilità dall'autorità con la sua decisione. Le eccezioni son poche e gravi, circoscritte alla tardiva emergenza di prove forti, e comunque destinate a concludersi con un nuovo sigillo d'autorità”. Scarpelli, U.; “Auctoritas non veritas facit legem”, en AA.VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Padova, Cedam, 1984, p. 137.

⁷⁰⁷ En cuanto a la idea de que la sentencia no se basa en hechos brutos, sino bien en una reelaboración de los mismos, conducida a través del *medium* de la narración; Calvo, J.; *El Discurso de los hechos*, op. cit., pp. 23-43.

judicial que conduce a la decisión,⁷⁰⁸ lo pone en diálogo con la premisa mayor y, resemantizándolo a la luz del marco normativo bajo el cual lo subsume, le dota de consistencia y coherencia. De ello se desprende que el relato decisivo es 'otro' respecto de los relatos que ingresaron al proceso, y que su autoridad se basa en dos pilares: el intercambio comunicativo desde el que se origina, y la memoria o referencia al derecho vigente (reglas, principios, doctrina) a través de la cual alumbra zonas que estaban en la penumbra informativa y sutura fragmentos comunicacionales.

Dada la importancia que aquí adquieren los conceptos de comunicación y memoria, creo oportuno aclarar brevemente su historia y el sentido peculiar con el que circulan en este texto. La palabra comunicación proviene del antiguo adjetivo griego *κοινός* que, con referencia a las cosas, tiene el significado de común, público, que pertenece a todos, mientras que, con referencia a las personas, adquiere el de participe, y también de la misma origen o raza. Retomada por el latín, la raíz griega *κοιν* se convierte en *cum* y en unión al sustantivo *munus* (oficina), da lugar al adjetivo *communis*, esto es, «que cumple su tarea (*munus*) junto (*cum*) a los demás, consiguiendo beneficios». Del adjetivo *communis* derivan, en el latín tardío, las palabras *commune*, *communitas*, *communicare* e *communicatio*. El sentido original de participación y intercambio humano, que está a la base del concepto de comunicación y se deduce claramente de su raíz etimológica, se sustituye en la modernidad por otro, mas generico, de *transmisión de ideas y pensamientos*. El cambio semántico tiene lugar alrededor de la segunda mitad del siglo XX, cuando, en los laboratorios de la *Bell Telephone Corporation*, los estadounidenses Claude E. Shannon y Warren Weaver formulan la primera teoría de la comunicación. Según su modelo, un sistema de comunicación se compone de una fuente de información, un mensaje, un codificador, una señal, un canal físico a través del cual el mensaje se transmite en forma cifrada, un decodificador que reconvierte la señal en el mensaje original, y de un receptor de la información. En una llamada telefónica, por ej., la persona que llama es la fuente; la conversación el mensaje; las partes del teléfono que convierten las ondas sonoras en oscilaciones de la corriente eléctrica y viceversa el codificador y

⁷⁰⁸ En la cultura jurídica moderna, a partir de Beccaria, una decisión jurisdiccional se considera fundada y por ello tal, si es inferida lógicamente desde una norma general en unión con un enunciado factual. Guastini, R.; *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 453 pp. 256.

el decodificador; los cambios en la tensión eléctrica la señal; los cables eléctricos el canal; quien recibe la llamada el destinatario. A pesar del contexto específico en el que la teoría nace, sus implicaciones aprovechan en una amplia gama de disciplinas (biología, psicología, sociología, semiótica, informática, etc.), lo que lleva a la generalización de una idea sectorial de la comunicación como transmisión de informaciones.⁷⁰⁹ No es en este sentido que aquí se utiliza el concepto de comunicación. La ontología y el carácter unidireccional que marcan ese concepto no reproducen adecuadamente la lógica constructiva y participativa de la argumentación.⁷¹⁰

La metáfora de la transmisión sugiere la imagen de un intercambio material entre emisor y receptor, donde la información, en lugar de ser el producto del proceso de comunicación, transita en el mismo como un dato independiente, adquirido desde fuera y siempre idéntico a sí mismo. O sea, se considera que la sociedad posee un bagaje desde el que emisor y receptor extraen informaciones, y que el aumento, la reducción y el contenido de la información misma son independientes del evento comunicativo. Esta construcción concibe la comunicación como un espacio de transferencia de mensajes producidos en otro lugar (que, además, no está especificado) antes que como una fábrica de información. Entiende, asimismo, la emisión del mensaje como el momento central de la comunicación y exige requisitos específicos de habilidad sólo por parte del emisor. Si éste transmite la información correctamente, en ausencia de ruido en el canal de transmisión, la comunicación puede considerarse exitosa. La posición del receptor es marginal. Él sólo tiene que decodificar el mensaje para disponer de la misma noticia que se presume posee el remitente. Es obvio que en este esquema falta una dimensión participativa. Y es igualmente claro el hecho de que esa ausencia hace que el acceso a la información sea tan libre como al mismo tiempo bloqueado. Cualquiera puede tener la información, todo el mundo puede transmitirla y recibirla. Pero, dónde se produce, quién o qué la fórmula, en qué parte de la sociedad se encuentra, si existe un espacio así, cuál es su fuerza motriz,

⁷⁰⁹ Calabro, F.; *Incertezza e vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2007, 264 pp. 13.

⁷¹⁰ Para un análisis detallado de esta lógica, aunque limitada a una fase específica del proceso argumentativo como es la alegación de los hechos, Calvo, J.; *El Discurso de los hechos, op. cit.*, pp. 23-43. Calvo llama en especial la atención sobre el carácter negativo de la participación, destacando la intención voraz y destructiva que anima toda construcción de los hechos al tratar de devorar la adversaria.

qué la hace circular y que nunca se detenga y/o agote. A estas preguntas las teorías de la comunicación basadas en la metáfora de la transmisión no dan respuestas; limitándose simplemente a potenciar los aspectos técnicos de la comunicación dan de lado los problemas de fondo, que a menudo requieren valoraciones políticas incómodas. Por lo tanto, me alejo de esa posición y acojo aquí la definición de comunicación tal y como se formula en el contexto de la teoría de sistemas. Ésta se refiere a un proceso selectivo de información, iniciado por un sistema social en la interacción con otros sistemas y dirigido al control de la consistencia interna mediante negociaciones de sentido, y a la producción de suficiente redundancia para impedir que la comunicación se cuestione continuamente y deba comenzar cada vez de cero.⁷¹¹

La comunicación es, escribe Luhmann, un proceso de continuo cambio de los materiales formales portadores de sentido, un proceso de conversión de libertad en libertad, acompañado por el cambio de los condicionamientos.⁷¹² Ésta no consiste en mera emisión y recepción de informaciones extraídas de un contenedor y trasegadas a otro, sino en la elaboración de contenidos de sentidos que son, ante todo, propuestas de significado y, como tales, pueden ser aceptadas o rechazadas. Podemos definir como estado elemental de comunicación el que se inicia a partir de una unidad de negación. Cada frase, cada solicitud abre muchas posibilidades de negación: no esto, sino aquello; no así; no ahora; etc... Estas posibilidades permanecen abiertas como remisiones a contenidos de sentido mientras el destinatario de la comunicación no reaccione. Sólo la reacción realiza la comunicación.⁷¹³ En el lenguaje de la teoría de los sistemas, los que toman parte en el proceso comunicativo se denominan *observadores*. Observador es cualquier

⁷¹¹ Cfr. Baecker, D.; “*Why Systems?*”, *Theory Culture & Society*, 18 (2001), pp. 59-74. Según Baecker tanto el concepto de sistema como la idea de una teoría de sistemas, están relacionados con el intento de la sociedad moderna de controlar su saber a través de la comunicación. Dado que el conocimiento no se produce a través del descubrimiento de causalidades predeterminadas, sino en virtud de la atribución de ciertas causas a ciertos efectos por parte de un observador, el saber mismo debe ser controlado a través de la exposición de cada una de sus adquisiciones a la observación de otros observadores. Esta exposición se logra a través de la comunicación, o en otras palabras, mediante la negociación de significado. La información aquí es sólo una propuesta de sentido, y de su aceptación o rechazo en el intercambio comunicativo dependen respectivamente la consolidación del antiguo saber o el desarrollo de nuevos horizontes de sentido. Así que “*any control is an act of communication and can only be successful to the extent that communication is successful*”.

⁷¹² Luhmann, N.; *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984); trad. de A. Febbrajo y R. Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bolonia, Il Mulino, 1990, 761 pp. 264

⁷¹³ *ibidem.*, p. 270.

sistema que utiliza una distinción específica (por ej., sistema/entorno, verdadero/falso, lícito/ilícito,...) para construir un entramado de más distinciones, desde el que obtiene informaciones mediante progresiva selección de uno de los polos de cada par. La observación es la operación característica de los sistemas de sentido, la cual les permite remitir a otras posibilidades además del dato, de tiempo en tiempo actualizado.⁷¹⁴ A través de esta modalidad operativa algo viene seleccionado en la comunicación, se convierte en objeto de atención, y de simple propuesta de significado se transforma en sentido actualizado. La parte del distingo no seleccionada y excluida del sistema, no se pierde, sino que circula en el ambiente como posibilidad no actualizada, como horizonte de significado a disposición de otros observadores. Esto significa que el sentido excluido por una determinada observación se reintroduce en el circuito comunicativo y puede constituir objeto de otras observaciones. Observar, por tanto, no implica una diferencia entre sentido y sin-sentido, sino la diferencia entre actualidad y posibilidad, y el observador no es quien descubre el sentido, sino que lo construye usando distinciones que están expuestas a nuevas observaciones y a otros observadores. La teoría narrativista del derecho llama *narrador* al sistema que observa, *relato* al sentido actualizado por el observador y *narración* al medium utilizado por la comunicación para la elaboración, control y difusión de los relatos.

He dicho que memoria es otro concepto clave, y será oportuno detenerse en él. Memoria, del griego *μνήμη*, que indica la posibilidad de disponer del conocimiento pasado, se refiere a dos fases distintas: el almacenamiento o la retención y el recuerdo. Según esta distinción, ya detectable en Platón, quien habla respectivamente de «conservación de la sensación» y de «reminiscencia» (*Filebo*, 34 a.C), la memoria nace de una relación directa con el exterior, primero; y desde un acceso al pasado, luego. Memoria se produciría, tanto en los individuos como en la sociedad, mediante la conservación de las imágenes, que son imágenes de eventos externos y de su llamada o reactivación en el presente. En este sentido, se piensa como *memoria* un dispositivo de almacenamiento de informaciones, de representaciones del entorno, reactivables en cualquier

⁷¹⁴ Cfr. Baraldi C., Corsi G., Esposito E.; *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Milano, FrancoAngeli, 1996, 254 pp. 163-164.

momento.⁷¹⁵ No es de este modo que utilizo aquí el término memoria, ya que, también en este caso, esa definición clásica contiene una sobredosis de ontología, inconciliable con los resultados obtenidos en la materia por disciplinas como la neurociencia y la psicología, donde se ha demostrado que el ambiente no contiene ninguna información, y que "lo que es accesible para el sistema nervioso en cualquiera de sus partes son solo estados de actividad relativa entre células nerviosas, las cuales constituyen los estados de actividad relativa a los que reaccionan"⁷¹⁶. Por tanto, es impropio hablar de memoria como depósito de material informativo que se puede retomar en diferentes ocasiones.

Cómo precisa Luhmann:

Aquí no debe hablarse de memoria en el sentido de un posible regreso al pasado, ni tampoco en el sentido de un almacén de datos o informaciones a los cuales puede recurrirse cuando surge la demanda. Más bien se trata de una función que se utiliza de manera incesante –aunque siempre en el presente– que verifica la consistencia de todas las operaciones que suceden en vista de lo que el sistema construye como realidad. En nuestro ámbito temático estas operaciones son comunicaciones –y no hay cambios de estados neurobiológicos de cerebro, ni tampoco de lo que una conciencia particular se hace consciente. Por eso, la función de la memoria consiste en garantizar los límites de las posibles pruebas de consistencia, y en liberar a la vez capacidad de procesar información con el fin de que el sistema se abra a nuevas irritaciones. La función principal de la memoria reside, pues, en olvidar, en evitar que el sistema se bloquee a sí mismo a causa de una coagulación de los resultados de observaciones anteriores.⁷¹⁷

Memoria es aquí el *modus operandi* de un sistema que procesa sentido mediante observaciones que reproducen constantemente la distinción entre recordar y olvidar.⁷¹⁸ Esto hace que sea posible, a través del olvido del sentido no seleccionado, la construcción de constantes, de identidades, de suficientes redundancias para el tratamiento consistente del caso. Memoria es la función que acompaña las observaciones del sistema y asegura un control persistente de su consistencia.⁷¹⁹ No tiene nada que ver con las huellas que los eventos se supone

⁷¹⁵ Por una crítica de esta posición De Giorgi, R.; "Memoria del diritto", en *Temi di filosofia del diritto*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2006, 233 pp. 153.

⁷¹⁶ Así U. Maturana, cit. por R. De Giorgi en *Memoria del diritto*, cit., p. 154.

⁷¹⁷ Luhmann, N.; *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), trad. de J. Torres Nafarrate, *La sociedad de la sociedad*, México, Herder, 2007, 954 pp. 457.

⁷¹⁸ De Giorgi, R.; *op. cit.*, pp.155-162.

⁷¹⁹ *ibidem.*, p. 156.

que pudieran dejar en los sistemas individuales de conciencia, porque los acontecimientos no dejan huellas; estos son siempre construcciones de observadores y entran en la comunicación como productos de la misma comunicación, y no como duplicados de datos externos. Memoria, entonces, es un logro de las operaciones de comunicación, el resultado de su recursividad.⁷²⁰ Ella surge por el hecho de que, en la construcción de nuevo sentido, la comunicación tiene que volver sobre sí misma, hacerse presente, con el fin de examinar las propuestas de significado disponibles y ponderar la selección futura. Memoria, pues, no es un retorno al pasado, sino un pliegue sobre el presente. Lo que hace la memoria es construir el pasado enlazando diferentes estados del sistema, relevantes para la siguiente observación. En este sentido, la memoria no es la reactualización del pretérito, sino una forma de organizar el acceso a la información.⁷²¹ Es esta organización, y no lo que realmente sucedió en el pasado, la que determina las elecciones futuras. A la luz de estas contribuciones, que proceden todas de la teoría de los sistemas, considero la comunicación como el momento de apertura cognitiva que anima la fase de investigación del juicio, y asimismo la memoria como el momento de cierre operativo que conduce a la decisión. Si bien la comunicación introduce en la reconstrucción del caso suficiente variedad y asegura al relato del juez una ventaja cuantitativa, la memoria, no obstante, vincula la narración decisiva al derecho vigente y le confiere así una ventaja cualitativa. La no-combinación de estos dos ingredientes, o un desequilibrio de dosificación, cuestiona la autoridad de lo que, en palabras de Calvo, sería la *gran narrativa del derecho*.⁷²² En efecto, un derecho que no comunica, ni tiene suficiente memoria para decidir de manera consistente, se convierte fácilmente en una realidad 'kafkiana', en la cual el acusado nunca llegará a conocer su culpa y el acceso a la Ley – o sea, a la memoria del sistema jurídico– siempre estará diferido.

La desinformación y la incertidumbre, que siguen a esa realidad, producen en la sociedad un sentimiento de desconfianza hacia el derecho que, a lo largo del tiempo, reaviva la llama de la violencia: por un lado, los ciudadanos atacarán el derecho debido a su impenetrabilidad y imprevedibilidad; por otro, el sistema,

⁷²⁰ Luhmann, N.; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 461.

⁷²¹ Luhmann, N.; *Il diritto della società*, cit., p. 104.

⁷²² Calvo, J.; *El Discurso de los hechos*, cit., p. 43.

sintiéndose atacado, se defenderá con todos los medios a su disposición, violencia incluida. Está claro que, en este estado de irritabilidad por ambos lados, será imposible apostar sobre la diferencia entre el derecho y la violencia, dado que allí el recurso a la fuerza representará la regla y la ley quedará suspensa hasta nueva cita.

Riferimenti bibliografici

- Adorno Theodor, *Aufzeichnungen zu Kafka*, in T. Adorno, *Prismen. Kulturkritik und Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1974 [1954]; tr. it. di Alberto Frioli, Enrico De Angelis, Giacomo Manzoni, Enrico Filippini, *Appunti su Kafka*, in T. Adorno, *Note per la letteratura*, Einaudi, Torino, 2012 [1979], pp. 235-265
- Agamben Giorgio, *Bartleby o della contingenza*, (1993), in G. Deleuze, G. Agamben, *Bartleby. La formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 2012
- Amoruso Vito, *La letteratura americana moderna 1861-1915*, Laterza, Bari, 2000
- Amsterdam Anthony G., Bruner Jerome, *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000
- Anders Günther, *Kafka pro und contra. Die Prozeß-Unterlagen*, C. H. Beck, München, 1951; tr. it. di Paola Gnani e Stefania Dalena, *Kafka pro e contro. I documenti del processo*, Quodlibet, Macerata, 2006
- Arendt Hannah, *Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York, 1961
- Austin John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000 [London, J. Murray, 1832]
- Baecker Dirk, *Why Systems?*, in *Theory Culture & Society*, 18, 2001, pp. 59-74
- Baioni Giuliano, *Franz Kafka. Romanzo e parabola*, Feltrinelli, Milano, 1962
- Baldini Gabriele, *Melville o le ambiguità*, Riccardo Ricciardi editore, Milano-Napoli, 1952
- Balestrieri Mauro, *La penna e la spada. Ambiguità e conflitto in Jorge Luis Borges*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. XIX, n. 1, spring-summer 2013
- Banakar Reza, *In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law*, in *Law & Literature*, vol. 22, issue 3

- Baraldi Claudio, Corsi Giancarlo, Esposito Elena, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, FrancoAngeli, Milano, 1996
- Baron Jane B. & Epstein Julia, "Is Law Narrative?", in *Buffalo Law Review* 45, 1997, pp. 141-187
- Bateson Gregory, *Verso un'ecologia della mente*, tr. it. di Giuseppe Longo e di Giuseppe Trautteur, Adelphi, 2005 [1977]
- Beall J. C., *Liars and Heaps*, Clarendon Press, Oxford, 2003
- Beall J. C., Armour-Garb Bradley P., *Deflationism and Paradox*, Clarendon Press, Oxford, 2005
- Beall J. C., *Revenge of the Liar*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- Benjamin Walter, *Zur Kritik der Gewalt*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Jg. 47 (1920/21), H. 3 (August 1921), pp. 809-832, ora in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, Bd. II/1, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 179-203; tr. it di Massimiliano Tomba, *Per la critica della violenza*, testo tedesco a fronte, Alegre, Roma, 2010
- *Das bucklicht Männlein*, in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, Band II-2, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977
 - *Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages*, in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften, Aufsätze, Essays, Vorträge*, Band II, 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991
 - *Franz Kafka. Per il decimo anniversario della sua morte*, in W. Benjamin, *Angelus Novus. Saggi e Frammenti*, a cura di Renato Solmi, Einaudi, Torino, 1995 [1962]
- Bermejo Barrera José Carlos, Pedro Andrés Piedras Monroy, *Genealogía de la Historia. Ensayos de historia teórica III*, Akal Ediciones, Madrid, 1999
- Bernheimer Charles, *Crossing Over: Kafka's Metatextual Parable*, in C. Bernheimer, *Flaubert and Kafka: Studies in Psychopoetic Structure*, Yale University Press, New Haven, 1982
- Berthold Dennis, *American Risorgimento: Herman Melville and the Cultural Politics of Italy*, Ohio University Press, Ohio, 2009
- Berto Francesco, *Teorie dell'assurdo. I rivali del principio di non-contraddizione*, Carocci, Roma, 2006
- Betti Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffré, Milano, 1971

- Blanchot Maurice, *De Kafka à Kafka*, Gallimard, Paris, 1981; tr. it. di Roberta Ferrara, Diana Grange Fiori, Giorgio Patrizi, L. Prato Caruso, Giulia Urso, Gabriella Zanobetti, *Da Kafka a Kafka*, Feltrinelli, Milano, 1983
- Borges Jorge Luis, *Prologhi. Con un prologo ai prologhi*, a cura di Antonio Melis, tr. di Lucia Lorenzini, Adelphi, Milano, 2005
- Bornmann Bianca Maria, *Motivo e metafora nell'opera di Kafka*, Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma, 1985
- Bowen Merlin, *The Long Encounter: Self and Experience in the Writings of Herman Melville*, University of Chicago Press, Chicago, 1960
- Braswell William, *Melville's Religious Thought: An Essay in Interpretation*, Duke University Press, Durham, 1943
- Brod Max, *Franz Kafka. Eine Biographie*, Fischer, Frankfurt am Main, 1963 [1954]
- *Franz Kafkas Glauben und Lehre*, in M. Brod, *Über Franz Kafka*, Fischer, Frankfurt am Main, 1977 [1966]
- Brooks Peter & Gewirtz Paul (a cura di), *Law's Stories. Narrative And Rhetoric In The Law*, Yale University Press, New Haven e Londra, 1996
- Bruner Jerome, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Laterza, Bari, 2006 [2002]
- Calabro Francesco, *Incertezza e vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann*, Pensa MultiMedia, Lecce, 2007
- Calasso Roberto, *K*, Adelphi, Milano, 2005
- Calvo González José, *Coherencia narrativa y razonamiento judicial*, in *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 25 (Marzo 1992), pp. 97-102
- *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993
- *Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)*, in *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 33 (Marzo 1994), pp. 33-43
- *Iurisdictio como traducción*, in *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 39 (Septiembre 1995), pp. 381-387
- *Iudex suspectus, semionarrativa y retórica de la imagen*, in J. Calvo González, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996

- *Los Preámbulos y exposiciones de motivos como «prólogo» (narrativismo y producción legislativa)*, in *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996
- *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996
- *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Ágora, Málaga, 1996
- *Publicidad de las sentencias, intimidad del ofendido y derecho a la información. (Sobre el “relato de hechos”)*, in *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruíz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, v. I, pp. 552-573
- *Verdad [Narración] Justicia*, José Calvo González (coord.), Universidad de Málaga, Málaga, 1998
- *La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 76 (1999), pp. 27-54
- *Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (2001) pp. 13-33
- *Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio*, in Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102
- *Recensión a Cover, Robert, Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Editorial Gedisa (Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos), Barcelona, 2002, 156 pp., in *Anuario de Filosofía del Derecho*, sezione Crítica Bibliográfica, tomo XXII, 2005, pp. 445-450
- *Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15/2007, pp. 1-22
- *Octroi de sens. Exercices d’interprétation juridique-narratif*, Université Laval, Québec, 2007
- *La controversia fáctica. Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho*, in José Calvo González (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Comares, Granada, 2008, pp. 363-389
- *Sobre Hermenéutica jurídica y Relato. Notas para una ilustración narrativista acerca de di-versiones y extra-versiones interpretativas*, in José Calvo González (dir.), *Implicación Derecho Literatura*, cit., pp. 471-477

- *Constitutional Law en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio*, in *Law and Literature. ISLL. Italian Society for Law and Literature. Papers*, 2009, pp. 1-9
 - *Recensión a M. Ricciardi, Diritto e natura: H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, Edizioni ETS (Collana Jura, Temi e problemi del Diritto), Pisa, 2008, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 24, junio 2011, pp. 260-266
 - *Hechos como argumentos: teoría narrativista y argumentación jurídica*, in Milagros Otero Parga (ed.), *Tópica, Retórica y Argumentación en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Universidade de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2011, pp. 111-121
 - *Cine y Argumentación jurídica. Estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentales en la litigación sobre hechos*, in Andrés Botero-Bernal (coord.), *Cine y Derecho: Memorias del VIII Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, Editorial Universidad de Medellín, Medellín (Colombia), 2014, pp. 61-100
 - *Desafíos hermenéuticos: ad intra / ad extra sentido*, in *Jurisprudencia Argentina*, II, 9, (2014) [Monográfico 'Los Derechos Fundamentales en la Constitución: Interpretación y Lenguaje', Carlos M^a Cárcova (coord.)], pp. 5-13
- Camus Albert, *Herman Melville*, in *Les Ecrivains Celebres*, Tome III, *Le XIX siècle - Le XX siècle*, Editions d'art Lucien Mazenod, Paris, 1953
- Cappa Francesco, *La trama dell'attenzione. Critica e narrazione tra Benjamin e Kafka*, Mimesis, Milano, 2005
- Cattaneo Mario A., *Franz Kafka, la legge e il totalitarismo*, in M. A. Cattaneo, *Suggerimenti penalistiche in testi letterari*, Giuffrè, Milano, 1992
- Cavallone Bruno, *La Lezione di Titorelli, pittore e giurista (Kafka e la teoria del giudicato)*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. 66, n. 3, 2011
- Charoenpitaks Vatanit, *The Absurd Hero in Melville's Bartleby the Scrivener and Camus's L'etranger: A Comparison*, East Tennessee State University, 1974
- Chase Richard Volney, *Herman Melville: A Critical Study*, Macmillan Co., New York, 1949
- Christodoulou Athanasios C., *The "Tragicalness of Human Thought". An Introduction to Melville's Theory of Knowledge*, in Sanford E. Marovitz, A. C. Christodoulou (ed.), *Melville "Among the Nations"*, The Kent State University Press, Kent, 2001
- Citati Pietro, *Kafka*, Adelphi, Milano, 2007

Corngold Stanley, *Metaphor and Chiasmus in Kafka*, Newsletter of The Kafka Society of America 2, 198

- *The Dialect of Minor Literature*, in *Lambent Traces*, Princeton University Press, Princeton, 2008

Cornwell Ethel F., *Bartleby The Absurd*, in *International Fiction Review*, vol. 9, Summer 1982, pp. 93-99

Corriero Emilio Carlo, *Le 'segnature' di Kafka*, in Ferruccio Masini, *Franz Kafka. La metamorfosi del significato*, Ananke, Torino, 2010

Cover Robert M., *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven and London, 1975

- *The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983
- *Violence and the Word*, in Martha Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat (ed.), *Narrative, Violence and the Law. The Essays of Robert Cover*, the University of Michigan Press, Ann Arbor, 1995 [1993]

Crumb Robert (illustrazioni), Mairowitz David Zane (testi), *Introducing Kafka*, Icon Books, Cambridge, 1993; tr. it. di Bruno Amato, *Kafka*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009 [2008]

D'Agostini Franca, *Paradossi*, Carocci, Roma, 2014 [2009]

De Giorgi Raffaele, *Memoria del diritto*, in R. De Giorgi, *Temi di filosofia del diritto*, Pensa MultiMedia, Lecce, 2006

Deleuze Gilles, Guattari Félix, *Kafka. Pour une littérature mineure*, Les Editions de Minuit, Paris, 1975; tr. it. di Alessandro Serra, *Kafka. Per una letteratura minore*, Quodlibet, Macerata, 2010 [1996]

Deleuze Gilles e Guattari Felix, *Mille Plateaux*, Minuit, Paris, 1980

Deleuze Gilles, *Bartleby ou la formule*, Flammarion, Paris, 1989; tr. it. di Stefano Verdicchio, *Bartleby o la formula*, in G. Deleuze, G. Agamben, *Bartleby. La formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 2012

Derrida Jacques, *L'écriture et la différence*, Éditions du Seuil, Paris, 1967; tr. it. di Gianni Pozzi, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino, 2002 [1971]

- *La pharmacie de Platon*, in *La dissémination*, Seuil, Paris, 1972; tr. it. di Rodolfo Balzarotti, *La farmacia di Platone*, Jaca Book, Milano, 2015 [1985]
- *Préjugés. Devant la loi*, in Jacques Derrida, Vincent Descombes, Garbis Kortian, Philippe Lacoue-Labarthe, Jean François Lyotard, Jean-Luc Nancy, *La faculté*

de juger, Les Éditions de Minuit, Paris, 1985; tr. it. di Francesco Garritano, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, Abramo, Catanzaro, 1996

- *La disseminazione*, tr. it. di M. Odorici e S. Petrosino, Jaca Book, Milano, 1989
- *Le problème de la genèse dans la philosophie de Husserl*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990; tr. it. di Vincenzo Costa, *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl*, Jaca Book, Milano, 1992
- *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl*, Jaca Book, Milano, 1992
- *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994; tr. it. di Francesco Garritano, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino 2010 [2003]
- *La différence*, in *Margini della filosofia*; tr. it. di Manlio Iofrida, Einaudi, Torino, 1997
- *Le monolinguisme de l'autre*, Éditions Galilée, Paris, 1996; tr. it. di Graziella Berto, *Il monolinguismo dell'altro*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2004

Deshusses Jean, *Le sacramentaire grégorien. Ses principales formes d'après les plus anciens manuscrits*, I, Editions Universitaires Fribourg Suisse, St-Paul Fribourg Suisse, 1992[1971]

Di Noi Barbara, *Kafka e Karl Stauffer-Bern. Sul personaggio di Titorelli*, in *Studia austriaca*, vol. 20, 2012

Domenicali Filippo, *La traccia quasi cancellata. Il metodo genealogico in Foucault*, in *I Castelli di Yale*, vol. VIII, n. 8, Ferrara, 2006

Dumarsais César Chesneau, *Des tropes ou des différens sens. Dans lesquels on peut prendre un même mot dans une même Langue. Ouvrage utile pour l'intelligence des Auteurs, et qui peut servir d'introduction à la Rhétorique et à la logique*, Tournachon-Molin, Lyon, 1804

Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977

Eco Umberto, *Signo*, Traducido por Francisco Serra Cantarell, Editorial Labor, Barcelona, 1988

Eugen Michael, *Reading Kafka's Mind: Categories, Schemas, Metaphors*, UC Berkeley Electronic Theses and Dissertations, 2010

Ferenczi Rosemarie, *Kafka. Subjectivité, Histoire et Structures*, Klincksiek, Paris, 1975

Ferk Janko, *Recht ist ein „Prozess“. Über Kafkas Rechtsphilosophie*, Manz, Wien, 1999

Fickert Kurt J., *The Window Metaphor in Kafka's "Trial"*, Monatshefte, 1966

Findler Richard S., *Bartleby's Existential Reduction and its Impact on Others*, in Anna-Teresa Tymieniecka (ed.), *The Enigma of Good and Evil: The Moral Sentiment in Literature*, serie: *Analecta Husserliana*, v. 85, Springer, Netherlands, 2005, pp. 119-138

Fink Guido, Maffi Mario, Minganti Franco, Tarazzi Bianca, *Storia della letteratura americana. Dai canti dei pellerossa a Philip Roth*, BUR, Milano, 2013

Foucault Michel, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966; tr. it. di Emilio Panaitescu, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, BUR, Milano, 2006 [1978]

- *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969; tr. it. di Giovanni Bogliolo, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, BUR, Milano, 2009
- *L'ordre du discours*, Gallimard, Paris, 1971; tr. it. di Alessandro Fontana, Mauro Bertani e Valeria Zini, *L'ordine del discorso e altri interventi*, Einaudi, Torino, 2004 [1972]
- *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, in *Hommage à Jean Hyppolite* (ed. S. Bachelard, et al), Presses Universitaires de France, Paris, 1971
- *La vie des hommes infâmes*, in *Dits et écrits*, Gallimard, Paris, 1994, vol. III, pp. 237-255; tr. it. di Graziella Zattoni Nesi, *La vita degli uomini infami*, Il Mulino, Bologna, 2009

Franklin H. Bruce, *The Wake of the Gods: Melville's Mythology*, Stanford University Press, Stanford, 1963

Franzoi del Dot Maria R., *Franz Kafka: nella metafora kafkiana il processo alla parola*, Lalli, Poggibonsi, 1990

Garapon Antoine, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Éditions Odile Jacob, "Opus 1997", 2001; tr. it. di Daniela Bifulco, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina, Milano, 2007

Garcia del Pozo Rosario, *Michel Foucault: Un Arqueólogo del Humanismo (Estructuralismo, Genealogía y Apuesta estética)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Filosofía y Letras, n. 107, Sevilla, 1988

Gardner John, "Bartleby": *Art and Social Commitment*, in *Philological Quarterly*, vol. XLIII, n. 1, January 1964, pp. 87-98

Gentile Francesco Silvio, *Kafka, processo alla giustizia*, Elcam, Salerno, 1970

- Gérard Genette, *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Éditions du Seuil, Paris, 1982; tr. it. di Raffaella Novità, *Palinsesti. La letteratura al secondo grado*, Einaudi, Torino, 1997
- Girard René, *La Violence et le sacré*, Éditions Bernard Grasset, Paris, 1972; tr. it. di Ottavio Fatica e Eva Czerkl, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 2011 [1972]
- Goldoni Marco, *Il diritto fra autorità e interpretazione*, in Robert Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Giappichelli, Torino, 2008
- González De Ávila Manuel, *Escenificar la presencia: O. Welles y F. Kafka, "El Proceso"*, in *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 748, 2011
- González García José M., *La máquina burocrática (Afinidades electivas entre Max Weber y Kafka)*, Visor, Madrid, 1989
- Graham Priest, Beall J. C., Armour-Garb Bradley P., *The Law of Non-Contradiction*, Clarendon Press, Oxford, 2004
- Grenberg Bruce Leonard, *Some Other World to Find: Quest and Negation in the Works of Herman Melville*, University of Illinois Press, Urbana, 1989
- Guastini Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011
- Gunn Giles (ed.), *A Historical Guide to Hermann Melville*, Oxford University Press, New York, 2005
- Gusmán Luis, *Kafkas*, Edhasa, Buenos Aires, 2014
- Haas W., *Franz Kafkas Glaube*, in *Das Tagebuch*, X, 24, Berlin, 15-6-1929, col. 994 sg. Schoeps Hans-Joachim, *Die geistige Gestalt Franz Kafkas*, in *Die christliche Welt*, XLIII, 16, Gotha, 17-8-1929, col. 761-771
- Halbwachs Maurice, *La memoria collettiva*, tr. it. di Paolo Jedlowski e Teresa Grande, Unicopli, Milano, 2001 [1987]
- Hamilton Williams, *Melville and the Gods*, Scholars Press, Chico, 1985
- Hart Herbert L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, 1958, pp. 593-629
- *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1994, [1961]; tr. it di Mario A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002
- Henle Paul, *Metaphor*, in ed. P. Henle (ed.), *Language, Thought and Culture*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1958

Hiebel Hans Helmut, *Die Zeichen des Gesetzes. Recht und Macht bei Franz Kafka*, Wilhelm Fink Verlag, München, 1983

Honneth Axel, *Pathologien der Vernunft. Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007; tr. it. di Antonio Carnevale, *Patologie della ragione: storia e attualità della teoria critica*, PensaMultimedia, Lecce, 2012

Izzo Carlo, *Storia della letteratura nord-americana*, Nuova Accademia Editrice, Milano, 1963

Janouch Gustav, *Gespräche mit Kafka. Aufzeichnungen und Erinnerungen*, Fischer Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1968; tr. it. di Maria Grazia Galli, *Conversazioni con Kafka*, Ugo Guanda, Parma, 2005 [1991]

Jhering Rudolf, *Der Zweck Im Recht*, vol. 1, Breitkopf e Härtel, Leipzig, vol. 1, 1884 [1877]

Jones Jr James F., *Camus on Kafka and Melville: An Unpublished Letter*, in *The French Review*, vol. 71, n. 4, marzo 1988

Kafka Franz, *Diari (1910-1923)*, tr. it. di E. Pocar, Mondadori, Milano 1964, vol. II

- *Er*, in F. Kafka, *Gesammelte Schriften, Beschreibung eines Kampfes, Novellen, Skizzen, Aphorismen aus dem Nachlass*, Herausgegeben von Max Brod, Band V, Schocken Books, New York, 1946
- *Tagebücher 1910-1923*, in F. Kafka, *Gesammelte Werke*, Herausgegeben von Max Brod, Fischer, Frankfurt am Main, 1951
- *Il ponte*, in *Il messaggio dell'imperatore*, tr. it. di A. Rho, Torino, 1952
- *Der Prozeß*, in F. Kafka, *Gesammelte Werke*, Herausgegeben von Max Brod, Fischer, Frankfurt am Main, 1958
- *Il processo*, in F. Kafka, *Romanzi*, a cura di Ervino Pocar, Arnoldo Mondadori Editore (collezione I Meridiani), Verona, 1969
- *On Parables*, in Franz Kafka, *The Complete Stories*, translated by Willa Muir, Ed. Nahum N. Glatzer, New York: Schocken, 1971
- *Von den Gleichnissen*, in Paul Raabe (a cura di), *Sämtliche Erzählungen*, Fischer, Frankfurt am Main, November 1972 [1970]
- *Vor dem Gesetz*, in F. Kafka, *Sämtliche Erzählungen*, Herausgegeben von Paul Raabe, Fischer, Frankfurt am Main, November 1972 [1970], pp. 131, 132
- *Betrachtungen über Sünde, Leid, Hoffnung und den wahren Weg*, in Franz Kafka *Hochzeitsvorbereitungen auf dem Lande und andere Prosa aus dem*

Nachlaß, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1983; tr. it. di Italo A. Chiusano, *Considerazioni sul peccato. Il dolore, la speranza e la vera via [1917-1918]*, in Franz Kafka, *Confessioni e diari*, a cura di Ervino Pocar, Mondadori, Milano, 2013 [1972]

- *Fragmente aus heften und losen Blättern*, in Max Brod (a cura di), *Hochzeitsvorbereitungen auf dem Lande und andere Prosa aus dem Nachlaß*, Fischer Taschenbuch Verlag, 1983
- *Oktavheft G*, 1917/18, in *Nachgelassene Schriften und Fragmente II* [Krit. Ausg.], Frankfurt a.M., 1992, pp. 75, 76.

Karst Roman, *Kafka und die Metapher*, in *Literatur und Kritik*, 179/180, pp. 472-480, 1983

Kastner Klaus, *Literatur und Recht: eine unendliche Geschichte*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 56, n. 9, 2003

Knox G. A., *Communication and Communion in Melville*, in *Renascence*, vol. 9, Autumn 1956, pp. 26-31

Kuhn Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Agustín Continuar, Fondo de cultura económica, México, 1971, pp. 197, 198

La Torre Massimo, *Diritto e male. Un'approssimazione*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, vol. 47, n. 2, 2013, pp. 255-268

LaCapra Dominick, *Violence, Justice, and The Force of Law*, in *Cardozo Law Review*, vol.11, n. 1065, 1989-1990

Lauter Paul (ed.), *The Heath Anthology of American Literature*, vol. 1, Houghton Mifflin Company, Boston-New York, 2002

Levi Daniel A., *La ley como opción (Acerca de Bartleby)*, in *Lecciones y Ensayos*, n. 81, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005

Levine Samuel J., *Halacha and Aggada: Translating Robert Cover's Nomos and Narrative*, in *Utah Law Review*, 465, 1998

Lombardo Agostino, *La ricerca del vero. Saggi sulla tradizione letteraria americana*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1961

Löwy Michael, *Franz Kafka's Trial and the Anti-Semitic Trials of His Time*, in *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge*, VII, 2, Okcir Press, Spring 2009, pp. 151-158

Lugo Hector Ariel , *Derecho, violencia y justicia. ¿Tres formas diferentes de pensar la política o una sola?*, in *Konvergencias, Filosofía y Culturas en Diálogo*, n. 20, Año VI, Mayo 2009

- Luhmann Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984; tr. it. di Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990
- *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, tr. it. di Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl, Il Mulino, Bologna, 1990
 - *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993; tr. it. di Luisa Avitabile, *Il diritto della società*, Giappichelli, 2012
 - *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997; tr. spagnola di Javier Torres Nafarrate, *La sociedad de la sociedad*, Herder, Messico, 2007
- Mackie John Leslie, *Truth, Probability and Paradox. Studies in Philosophical Logic*, Clarendon Press, Oxford, 1973
- Magrassi Paolo, *Difendersi dalla complessità*, Franco Angeli, 2009
- Maine Henry Sumner, *El derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas. Parte general*, Civitas, Madrid, 1993
- Marmor A., *The Nature of Law*, in E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2011
- Marx Leo, *Melville's Parable of the Walls*, in *Sewanee Review*, vol. 61, n. 4, Oct. 1953, pp. 602-627
- Maturana Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?*, Tomo II. *Fundamentos biológicos del conocimiento*, Anthropos, México, 1997
- Melville Herman, *Bartleby*, in Herman Melville, *The Piazza Tales*, with drawing by Benj Greenstein, Elf Publishers, New York, 1929
- *Bartleby*, traducción y prólogo de J. L. Borges, «Cuadernos de la Quimera», Emecé Editores, Buenos Aires, 1944
 - *Bartleby lo scrivano*, tr. di Gianni Celati, Feltrinelli, Milano, 1991
 - *Correspondence*, in Lynn Horth (ed.), *The Writings of Herman Melville: Correspondence*, vol. XIV, The Northwestern-Newberry Edition, Evanston and Chicago, 1993
- Menke Christoph, *Law and Violence*, in *Law & Literature*, vol. 22, n. 1, University of California Press, Spring 2010
- Montaigne Michel, *Saggi*, a cura di Fausta Garavini, Adelphi, Milano, 1966
- Newton Arvin, *Hermann Melville*, William Sloane, London: Methuen, 1950

- Nietzsche Friedrich, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, Verlag von C. G. Naumann, Leipzig, 1887; tr. it. di Umberto Colla, prefazione di Pier Aldo Rovatti, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Einaudi, Torino, 2012
- *La Gaia scienza*, Adelphi, Milano, 1977
- Ortega y Gasset José, *Las dos grandes metáforas*, in J. Ortega y Gasset, *El espectador*, vol. IV, Austral, Madrid, 1966
- Oxford Latin Dictionary*, edited by P. G. W. Glare, Oxford University Press, New York, 2005 [1992]
- Pahl Dennis, *Architects of the abyss: the indeterminate fictions of Poe, Hawthorne, and Melville*, University of Missouri Press, Columbia, 1989
- Paramo Juan R., *H. L. A. Hart y la teoria analitica del derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984
- Paterculus Caius Velleius, *Historiae Romanae*, II, 19, 4
- Paz Octavio, *El arco y la lira. El poema. La revelación poética. Poesía e historia*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2010 [1956]
- Petersen Annelise Ballegaard, *Von Titorelli zu Josefine.-Überlegungen zu Kafkas Künstlergestalten*, in Bassena, 2003
- Petrosino Silvano, *Ancora su il PHARMAKON di Derrida*, in Jacques Derrida, *La farmacia di Platone*, tr. it. di Rodolfo Balzarotti, Jaca Book, Milano, 2015 [1985]
- Pintore Anna, *A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto*, in *Sociologia del diritto*, Fascicolo 2, Franco Angeli, Milano, 2011
- Plutarco, *Le vite degli uomini illustri*, vol. V, recate in italiano dal Conte Pompei con aggiunta di altre vite e con note del commento di Dacier, per Valentino Crescini, Padova, MDCCCXVII
- Potestio Andrea, *La decostruzione come operazione testuale*, in Paolo D'Alessandro e Andrea Potestio (a cura di), *Su Jacques Derrida. Scrittura filosofica e pratica di decostruzione*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2008
- Quine Willard Van Orman, *The Ways of Paradox and Other Essays*, Random House, New York, 1966; tr. it. di M. Santambrogio, *I modi del paradosso e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano, 1975.

- Ramos Pascua José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989
- Reinhold Meyer, *Classica Americana: The Greek and Roman Heritage in the United States*, Wayne State University Press, Detroit, 1984
- Resta Eligio, *Stili cognitivi della legittimazione*, in *Sociologia del diritto*, n. 11, Franco Angeli, Milano, 1985
- *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 2007
- Ricciardi Mario, *Diritto e natura: H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Edizioni ETS, Collana: Jura. Temi e problemi del Diritto, Pisa, 2008
- Ricoeur Paul, *La Métaphore vive*, Éditions du Seuil, Paris, 1975; tr. it. di Giuseppe Grampa, *La metafora viva. Dalla retorica alla poetica: per un linguaggio di rivelazione*, Jaca book, Milano, 2010
- *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Éditions du Seuil, Paris, 2000; tr. it di Daniela Iannotta, *La memoria, la storia, l'oblio*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2003
- Rivaya Benjamin, *El enigma de la teoría del contenido mínimo del derecho natural*, in *Pensamiento Jurídico*, n. 16, Universidad Nacional de Colombia, 2006
- Rivera Ramos Efrén, *Derecho y violencia: Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema*, Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Paper 28, 1-1-2003
- Robert Marthe, *Seul, comme Franz Kafka*, Calmann-Lévy, París, 1979
- Rogin Michael Paul, *Subversive Genealogy: The Politics and Art of Herman Melville*, Alfred A. Knopf Incorporated, New York, 1983
- Rousseau Jean-Jacques, *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, Texte établi et présenté par Jean Starobinski, Gallimard, Paris, 2012 [1990]
- Ruiz Alicia E. C., *La paradojalidad del derecho y el lugar del juez*, in Ruiz A. E. C., Douglas Price Jorge E., Cárcova Carlos María (a cura di), *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014
- Ryan Steven T., *A Guide to Melville's "Bartleby, the Scrivener"*, in Alfred Bendixen, James Nagel (ed.), *A Companion to the American Short Story*, Wiley-Blackwell, Chichester, U.K., Malden, MA, 2010
- Sainsbury Richard M., *Paradoxes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987

- Scaramuzza Gabriele (a cura di), *Walter Benjamin lettore di Kafka*; Unicopli, Milano, 1994
- Scarpelli Uberto, *Auctoritas non veritas facit legem*, in AA.VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Cedam, Padova, 1984
- Schoeps Hans-Joachim, *Das verlorene Gesetz: Zur religiösen Existen Franz Kafkas*, in *Der Morgen*, X, 2, Berlin, 5-1934, pp. 71-75
- *Theologische Motive in der Dichtung Franz Kafkas*, in *Neue Rundschau*, 62, 1951, pp. 21-37; tr. it di E. Pocar, *Motivi teologici nell'opera di Kafka*, in Aa. Vv., *Introduzione a Kafka*, Il Saggiatore, Milano, 1974, pp. 134-151
- Schoeps Julius H., *Una contesa su Kafka e sull'ebraismo. Il rapporto tra Max Brod e Hans-Joachim Schoeps 1929-1952*, in A. Pasinato (a cura di) *Praga. Mito e Letteratura (1900-1939)*, Shakespeare & Company, Certaldo (FI), 1993, pp. 191-212
- Scholem Gershom, *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, Marietti, Genova, 1986
- Schütz Anton, *Imperatives Without Imperator*, in *Law and Critique*, vol. 20, n. 3, November 2009
- Scott Jill, *Please use the other door: Opening Kafka's The Trial*, in *Modern Horizons*, giugno 2013
- Sherwin Richard K., *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque: Arabesques and Entanglements*, Routledge, New York, 2011
- Sorel Georges, *Réflexions sur la violence*, Deuxième, Paris, 1910
- Sorensen Roy A., *A Brief History of the Paradox*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- Spector Robert Donald, *Melville's "Bartleby" and the Absurd*, in *Nineteenth-Century Fiction*, vol. 16, n. 2, University of California Press, Sep. 1961, pp. 175-177
- Stern J. P., *The Law of the Trial*, in F. Kuna, *On Kafka: Semi-centenary Perspectives*, New York, Harper & Row, 1976
- Strazzeri Marcello, *Decostruzione giuridica e orizzonti di giustizia*, in Antonio De Simone (a cura di), *Diritto, giustizia e logiche del dominio*, Morlacchi, Perugia, 2007
- Strohschneider-Kohrs Ingrid, *Erzähllogik und Verstehensprozeß in Kafkas Gleichnis 'Von den Gleichnissen'*, in *Probleme des Erzählens in der Weltliteratur: Festschrift für Käte Hamburger*, Fritz Martini, Stuttgart: Klett, 1971

- Sussman Henry, *The Dog in the Closet: Inversion, Supplanting, and Derangement in The Trial*, in H. Sussman, *Franz Kafka: Geometrician of Metaphor*, Coda Press, Madison (Wis.), 1979
- *Franz Kafka: geometrician of metaphor*, Coda Press, Madison (Wis.), 1979
- Tally Jr. Robert T., “*Spaces that before were blank*”: *Truth and Narrative Form in Melville's South Seas Cartography*, in *Pacific Coast Philology*, vol. 42, n. 2, Transoceanic Dialogues, 2007, pp. 181-198
- *Reading the Original: Alienation, Writing and Labor in “Bartleby, the Scrivener”*, in, Harold Bloom, Blake Hobby (ed.), *Alienation*, Infobase, New York, 2009
- Tarski Alfred, *Truth and Proof*, in *Scientific American*, 220, Jun. 1969
- Taruffo Michele, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002
- Tauber Herbert, *F. Kafka. Eine Deutung seiner Werke*, Oprecht, Zürich New York, 1941
- Telmon Maria Pia, *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, Jaca Book, Milano, 1997
- Teubner Gunther, *Das Recht vor seinem Gesetz: Franz Kafka zur (Un-Möglichkeit) einer Selbstreflexion des Rechts*, in *Ancilla Iuris*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2012
- Thompson Lawrence R., *Melville's Quarrel with God*, Princeton University Press, Princeton, 1952
- Todoric Olga, *Bartleby, the absurd hero*, in *Moderna Sprak*, vol. 94, part 1, 2000, pp. 15-18
- Todorov Tzvetan, *Les abus de la memoire*, Arléa, París, 1995
- Vattimo Gianni, *Le avventure della differenza*, Garzanti, Milano, 2001 [1980]
- Visconti Arianna, *Precetto, valore, sanzione: categorie giuridiche 'sotto processo' in Melville*, in G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti (a cura di), *Giustizia e Letteratura II*, Vita e Pensiero, Milano, 2014
- Vismann Cornelia, *Cancels: On the making of law in chanceries*, in *Law & Critique*, vol. VII, n. 2, Springer, Frankfurt am Main, 1996, pp. 131-151
- *Atti, non scritti letterari*, tr. it. di Loretta Monti, in *Discipline Filosofiche*, XIII, 2, Lisa Regazzoni (a cura di), *Per un'estetica della memoria*, Quodlibet, Macerata, 2003

- *Akten. Medientechnik und Recht*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2011, [2000]
- Wagensberg Jorge, *Ideas sobre la complejidad del mundo*, Tusquets, Barcelona, 1985
- Weisberg Richard H., *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992
- Walser Martin, *Beschreibung einer Form*, Carl Hanser, München, 1961
- Weber Max, *La politica come professione*, in M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*; tr. it. di Helga Grünhoff, Pietro Rossi e Francesco Tuccari, Einaudi, Torino, 2004
- Weiss Walter, *Von den Gleichnissen [Kafka– Musil; 1986]*, in Ders.: *Annäherungen an die Literature (wissenschaft)*, vol. 2, Stuttgart, 1995
- West Robin, *Narrative, Authority, and Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993
- Widmer Kingsley, *Melville's Radical Resistance: The Method and Meaning of Bartleby*, in *Studies in the Novel*, vol. 1, 1969, pp. 444-458
- Wood David, Bernasconi Robert (ed.), *Derrida and Différance*, Northwestern University Press, Evanston, 1988
- Wood Michael, *Kafka's China and the Parable of Parables*, in *Philosophy and Literature*, 202, 1996
- Wright Nathalia, *Melville's Use of the Bible*, Duke University Press, Durham, 1949
- Zartaloudis Thanos, *The Archival Work of the Law*, Book Review: Cornelia Vismann, *Files. Law and Media Technology*, trans. Geoffrey Winthrop-Young (Stanford, CA: Stanford University Press, 2008), in *Parallax*, vol. 6, n. 3, 2010
- Zolo Danilo, Costa Pietro, *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002
- Zymner Rüdiger, *Uneigentlichkeit: Studien zu Semantik und Geschichte der Parabel*, Paderborn, Schöningh, 1991